

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LV

Број
10-12
2017

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Борис БЕГОВИЋ, Никола ИЛИЋ	
Корак напред, четири корака назад: Врховни касациони суд још једном о валутној клаузули.	7
Катарина ЂУЛИЋ, Ана ВЈЕТРОВ	
Анализа политике дивиденди на примеру компанија у Србији	26
Ивана РАКИЋ	
Оцена заједничких улагања у праву конкуренције ЕУ након одлуке суда правде у предмету <i>Austria Asphalt</i>	47
Својан МИЋОВИЋ	
Накнадна пријава потраживања у стечају	62
Снежана ДАБИЋ	
Дејства преваре која потиче од трећег при закључењу теретних уговора	80
Александра ЂОРЂЕВИЋ	
Правни третман неуновчене имовине стечајног дужника.	108
Олија МИТРОВИЋ	
Однос злостављања на раду и сексуалног узнемиравања у радном законодавству и пракси Републике Србије	129

Соња ЧЕКИЋ	
Дигиталне платформе: антимонополска анализа двостраних тржишта	142
Владимир УРШИЧ	
Заштита традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе путем права индустријске својине	164
СТРУЧНА МИШЉЕЊА	
Бранислав МАЛАГУРСКИ	
Закон о привредним друштвима у пракси привредних судова – нека одабрана питања	180
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ	
Ђорђе ВИЋИЋ	
Утицај правила о заштити конкуренције на саосигурање	198
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	217

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- Boris BEGOVIĆ, Nikola ILIĆ**
A Step Forward, Four Steps Back: The Supreme Court Of
Cassation Once Again about a Foreign Currency Clause 7
- Katarina ĐULIĆ, Ana VJETROV**
The Analysis of Dividend Policy on a Sample Comprising
of Serbian Companies 26
- Ivana RAKIĆ**
The Assessment of Joint Ventures in EU Competition Law after
the Decision of the Court of Justice in Case *Austria Asphalt* 47
- Stojan MIĆOVIĆ**
Late Proof of Claim in Bankruptcy Procedure 62
- Snežana DABIĆ**
Third Parties' Fraud and Conclusion of Onerous Contracts 80
- Aleksandra ĐORĐEVIĆ**
Legal Treatment of Unrealized Property of a Debtor in
Bankruptcy 108
- Olga MITROVIĆ**
The Relationship between Moral Harassment and Sexual
Harassment in Serbian Labour Legislation and Case Law 129

Sonja ČEKIĆ	
Digital Platforms: Competition Law Analysis of Two-Sided Markets	142
Vladimir URŠIČ	
Protection of Traditional Knowledge and Indigenous Cultural Expressions through Industrial Property Rights	164
COMMENTS	
Branislav MALAGURSKI	
The Law on Companies in Practice of Commercial Courts – Some Selected Questions	180
STUDENT CONTRIBUTIONS	
Đorđe VIČIĆ	
Protection of Competition Rules and Coinsurance	198
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	217

ЧЛАНЦИ

др *Борис БЕГОВИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Никола ИЛИЋ
сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

КОРАК НАПРЕД, ЧЕТИРИ КОРАКА НАЗАД: ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД ЈОШ ЈЕДНОМ О ВАЛУТНОЈ КЛАУЗУЛИ*

Резиме

Циљ рада је свеобухватна анализа пресуде Врховној касационој суда (ВКС) у предмету Прев. 60/2016 од 27. априла 2017. године, о ујовору о кредитиу са валутином клаузулом. Корак напред је јасан сјав ВКС да је валутина клаузула заснована на закону, ња је сјоја њено ујоварање без-условно доушјено. Први корак назад је то шјо је ВКС, одбацивши на-лазе нижесјейених судова да је промена курса уобичајена јојава на де-визном тржишју, јројустјо да јонуди сјандард којим би се оцењивао каракјер промене курса. Друји корак назад је неодјоварајућа јримена

* Захваљујемо Милени Ђорђевић, Милошу Д. Живковићу, Марији Караникић-Мирић и Даници Поповић на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке, нити неминовно дели изнете вредносне судове. Ставови изнети у овом раду не морају да буду ставови Управног одбора *UniCredit Bank* Србија чији је Борис Беговић независан члан, нити су условљени тим чланством, за које он прима фиксне припадљности, па стога његова примања не зависе од исхода парница о којима се расправља у овом раду. Такође, чињеница да је Борис Беговић био корисник хипотекарног кредита индексираног у CHF који је отплатио не мора да значи да су изнети ставови истоветни ставовима било ког пређашњег или садашњег дужника те врсте, нити њихових удружења, а ни његови расходи не зависе од исхода поменутих парница.

законској решења да се у случају валутине клаузуле уговорне обавезе увек исказују у валути те клаузуле. Трећи корак назад је йримена закона о заштити йојрошача на случај у коме је дужник йравно лице, а средства је йозајмио за финансирање своје основне делатности. Четврти корак назад је захтев за йтврђивање йорекла, стурктуру и услова йрибављања средстава која су йласирана уговором о кредитиу. Такав захтев нама уйориштие у закону, а йишања која садржи уйујсйиво нижестйейеним судовима су нејасна, йонекад йривијална, а йонекад бесмислена. Шйавише, ВКС се није ойределио о йоме које су йравне йоследице ойговора на йа йишања. Размојрена йресуда даље умањује йравну сиурности у области финансијској йсредовања.

Кључне речи: уговор о кредитиу, валутина клаузула, йромењене околности, Верховни касациони суд, йравна сиурности.

І Увод

Примену института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом у домаћој правној пракси обележиле су бројне академске и стручне расправе, објављени радови и одржани семинари,¹ као и појединачни медијски наступи и изјаве истакнутих правника, претежно судија, на ту тему.² Упоредо с тим, у судској пракси се, можда као резултат тих расправа, може уочити одређени помак у погледу поимања валутне клаузуле. Међутим, истовремено долази до исказивања нових дилема и отварања нових питања која се односе на примену института промењених околности на уговор о кредиту са валутном клаузулом. Најновији случај у коме је дошло до одређених помака, али и до отварања нових правних питања јесте пресуда Верховног касационог суда Републике Србије (у даљем тексту: ВКС) *Прев. 60/2016* од 27. априла 2017. године, која се односи на уговор о кредиту са валутном клаузулом закључен 2007. године између дужника, правног лица (друштво с ограниченом одговорношћу), и повериоца, банке која је акционарско друштво и подлеже посебној контроли пословања коју спроводи На-

1 Значајан допринос академским и стручним расправама у вези са валутном клаузулом и промењеним околностима дали су учесници Општег семинара на Правном факултету Универзитета у Београду, 6. децембра 2016. године, излажући на тему „Валутна клаузула у уговору о кредиту“, као и учесници округлог стола који је организован у оквиру Копаоничке школе природног права, 14. и 15. децембра 2016. године, на тему „Банкарски кредити и промењене околности“.

2 Видети: „Судство мора да реши кредите у ‘швајцарцима’“, *Полијика*, 9. октобар 2016; „Ускоро прве одлуке Верховног суда о швајцарцима“, *Полијика*, 18. март 2017. Разговоре водила Ј. Антељ.

родна банка Србије (у даљем тексту: НБС).³ Уговор је закључен ради прибављања финансијских средстава за изградњу стамбено-пословног објекта намењеног тржишту и изричито је предвиђао CHF као валуту обавезе и RSD као валуту исплате.⁴ Међутим, у периоду између 2007. и 2016. године дошло је до знатног увећања курса CHF у односу на RSD, чиме је дужник образложио свој тужбени захтев, којим је од суда тражио да се установи ништавост одредби уговора које се односе на валутну клаузулу или, евентуално, да се предметни уговор раскине судским путем применом института промењених околности. Цео случај додатно компликује неспорна чињеница да је дужник пао у доцњу две године пре подношења тужбеног захтева за утврђивање ништавости уговорних одредби или за раскид уговора услед промењених околности, као и да је пре доношења судске одлуке о тужбеним захтевима (главном и евентуалном) поверилац, у складу са законом, једнострано раскинуо предметни уговор због неиспуњења.

Циљ је овог рада свеобухватна анализа пресуде ВКС у предмету *Прев. 60/2016*. Та анализа је усмерена на: (1) основне помаке и основна (нова) правна питања која су овом пресудом отворена; (2) изнесене ставове који се односе на примену института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом, (3) лутања која се могу приметити у одлукама ВКС у случајевима судског раскидања уговора о кредиту са валутном клаузулом, (4) питања о којима тек треба да се расправља и у вези са којим судови тек треба да заузму јединствени став, (5) економске последице ове пресуде и досадашњих поступања судова у Србији. Угао посматрања је правноекономски – такав приступ подразумева анализу пресуде ВКС у случају *Прев. 60/2016*, као и анализу других релевантних одлука из домаће судске праксе. Пратећи логику судског одлучивања и образлагања у предмету *Прев. 60/2016*, у раду ће посебно бити размотрена четири питања: (1) дозвољеност уговарања валутне клаузуле приликом закључења уговора о кредиту и утицај валуте извора и пласмана повериоца на правна дејства уговора о кредиту са валутном клаузулом; (2) примена института промењених околности у условима промене курса „валуте обавезе“ у односу на курс „валуте исплате“, а све то након закључења уговора о кредиту са валутном клаузулом; (3) право дужника да се позове на институт промењених околности након пада у доцњу, посебно након што је предметни уговор о кредиту поверилац једнострано раскинуо због неиспуњења и (4) могућности за

3 Текст пресуде доступан је на интернет адреси: <http://www.vk.sud.rs/sr>, последњи приступ 4. новембра 2017.

4 Термини „валута обавезе“ и „валута исплате“ употребљени су у смислу члана 2 Закона о девизном пословању Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014.

примену Закона о заштити потрошача приликом закључења уговора о кредиту са валутном клаузулом између правних лица. У закључним разматрањима рада, на основу спроведене правноекономске анализе, изнеће се закључци о спорним правним питањима која се односе на уговоре о кредиту са валутном клаузулом, имајући у виду будућност ових уговора, како оних који су већ закључени, тако и оних који ће то тек бити, као и о могућим исходима тих правних питања у овом сегменту финансијског посредовања, али и о последицама тих исхода на економски просперитет и привредни раст.

II Дозвољеност уговарања валутне клаузуле

Након усвајања Измена и допуна Закона о облигационим односима из 1993. године, постало је јасно да начело монетарног номинализма више не важи без изузетка и да је доктрина монетарног валоризма, не без разлога, уведена на велика врата у домаћи правни систем.⁵ Члан 395 ЗОО изричито допушта да новчана обавеза гласи на плаћање у страниој валути и да се њена исплата захтева у домаћем новцу, према курсу који важи у тренутку извршења обавезе.⁶ Та могућност додатно је утврђена и чланом 2 Закона о девизном пословању, који прецизно дефинише валутну клаузулу као: „[...] уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе), [...] с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).“⁷ Ипак, чак ни тако јасна законска решења нису спречавала тврдње како уговарање валутне клаузуле није допуштено⁸ или је допуштено условно, само у одређеним случајевима,⁹ док је Привредни апелациони суд (у даљем тексту: ПАС) у поступку по жалби из 2016. године, у предмету 6 Пж 3826/2015, упућивао нижестепени суд да испита „допуштеност уговарања валутне клаузуле“.¹⁰ Слично

5 Врлета Круљ је указивао на потребу увођења доктрине монетарног валоризма још 1978. године, када је ЗОО ступио на правну снагу. В. Круљ, „Монетарни номинализам и доктрина валоризма“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978, 389–405.

6 Видети: Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 395.

7 Видети: ЗОДП, чл. 2.

8 С. Прањић, „(Не)допуштеност одобравања кредита у СНФ – уговарања валутне клаузуле у СНФ и једностраног мијењања уговореног режима управљања променљивом каматном стопом“, *Транзиција*, бр. 34, Vol XVII, 2015, 15–38.

9 Д. Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни савјетник*, 16/2016, 62–67.

10 Више о томе: Б. Беговић, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули“, *Правни животи*, 2017, у штампи.

је учинио и ВКС у поступку по ревизији у предмету Рев. 321/2016, када није на јасан и недвосмислен начин указао на дозвољеност уговарања валутне клаузуле.¹¹ У међувремену, стручној јавности предочено је да питање дозвољености уговарања валутне клаузуле заправо и није питање, а уз то је и јасно указано на широко распрострањену заблуду о сврси валутне клаузуле.¹² ВКС је у предмету Прев. 60/2016, можда и под утицајем наведених радова, цитирао члан 2 ЗОДП и констатовао да су нижестепени судови правилно оценили да нису ништаве одредбе уговора које се односе на уговарање валутне клаузуле и да су, сходно томе, нижестепени судови основано одбили главни тужбени захтев дужника, односно његову жалбу по редовним правним лековима.¹³

Тиме је напуштена концепција условне допуштености валутне клаузуле која се појавила у другој половини 2016. године у раду судије Драгише Слијепчевића у којим се тврди да је: „[...] примена валутне клаузуле правно допуштена само у случају када је стварно обезвређена тржишна – реална вредност динарског износа кредита у односу на примљена средства“.¹⁴ Будући да је као председник већа судија које је донело ову пресуду потписник исти онај аутор који је пре мање од пола године у својим текстовима заговарао условну допуштеност валутне клаузуле, овакав став изнет у пресуди ВКС може се оценити као повратак праву, уз повољне правноекономске последице, превасходно у погледу увећања правне сигурности и ограничавања дејства начела монетарног номинализма, а пре свега имајући у виду штетне економске последице које би стриктна примена начела монетарног номинализма могла да има по систем финансијског посредовања у Србији,¹⁵ а самим тим и по све будуће кориснике кредита. Штавише, у самој пресуди која је предмет анализе с правом се истиче да се „штетни ефекти примене начела монетарног номинализма уклањају применом валутне клаузуле“ (стр. 4).

Чуди, међутим, да у овој пресуди ВКС сматра „[...] да у конкретной ситуацији нису оцењене (односи се на нижестепене судове – прим. аутора) околности везане за промену курса швајцарског франка. Изоста-

11 Решење ВКС доступно је на интернет адреси: <http://www.vk.sud.rs/>, последњи приступ 1. новембар 2017.

12 Видети: Б. Беговић, Н. Илић, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали Правној факултету у Београду*, година LXV, бр. 2/2017, 26–42.

13 Пресуда ВКС у предмету Прев. 60/2016, 4.

14 Д. Слијепчевић, стр. 64. Штавише, овим ставом судије Слијепчевића нарушава се члан 2 ЗОДП јер „динарски износ кредита“ у случају валутне клаузуле не постоји, будући да динар није валута обавезе, већ је то страна валута.

15 Више о финансијском посредовању: Б. Беговић, Б. Мијатовић, *Финансијско посредовање и привредни расиј*, ЦЛДС и Граматик, Београд, 2017.

ла је оцена навода тужиоца да је раст курса довео до дуплирања његове кредитне обавезе према туженом, да је према књиговодственом стању туженом враћен скоро цео износ главнице [...], да је тужени обрачунао дуг пратећи раст валуте и да тражи исплату у већем износу од оног који је тужилац по основу кредита примио и вратио. У таквој ситуацији не може се прихватити необразложена тврдња нижестепених судова да је тужени једнострано раскинуо уговор услед неизвршења обавеза [...]“ (стр. 5). Чуди због тога што у истој пресуди ВКС јасно ставља до знања да, сходно законским одредбама, валутна клаузула подразумева уговарање вредности обавезе у девизама. Стога је потпуно јасно да су наводи тужиоца нетачни, будући да он своју обавезу исказује у динарима. Једино се тако може објаснити погрешан став тужиоца „[...] да је раст курса довео до дуплирања његове кредитне обавезе“. Будући да је његова уговорна обавеза дефинисана у девизама (валута обавезе), овим уговором у CHF, његова обавеза је остала иста јер раст курса CHF у односу на RSD не утиче на уговорну обавезу дефинисану у CHF. Сходно томе, потпуно је јасно да тужилац није испунио своју уговором предвиђену обавезу, ону уговорену у CHF, и ту нема ништа да се образлаже – довољно је применити законску дефиницију валутне клаузуле да би било јасно да тврдње тужиоца нису утемељене на чињеницама. Тиме што ВКС тврди супротно, да је тврдња необразложена, па упућује нижестепене судове да утврде „шта се десило са извршавањем обавезе из уговора, у ком је степену уговор о кредиту извршен...“ противречи сам себи и законској дефиницији валутне клаузуле коју је у пресуди раније изнео. Оваквим својим поступком ВКС подрива правну сигурност, будући да од нижестепених судова захтева да испитају наводе тужиоца који сами по себи представљају интерпретацију која је у потпуној супротности са словом закона.

III Промена курса као промењена околност

Најчешће разматрано питање у контексту уговора о кредиту са валутном клаузулом без сумње се односи на курс валуте која се користи за ту клаузулу: да ли промена курса валуте обавезе може правно да се квалификује као промењена околност у смислу члана 133 ЗОО и тако послужи као основ за судски раскид уговора? У предмету Прев. 60/2016 реч је о курсу CHF, на основу чега је ВКС констатовао да је: „[...] потребно утврдити колико износи промена курса и како се та промена исказује у односу на просечан раст курса валута, да ли је уговорна страна која се позива на промењене околности била дужна, односно да ли је могла предвидети такав раст швајцарског франка у време закључења уговора о кредиту“ (стр. 5).

У овом упутству остају нејасне најмање три ствари. Прво, није јасно шта значи „просечан раст курса валута“, како се дефинише просек, то јест шта је то просечан раст, које су валуте укључене у овакву анализу, што значи у односу на коју валуту се утврђује курс и, потом, интензитет те промене. Курс је, наиме, цена једне валуте исказане у другој и због тога се увек морају формирати парови валута које се посматрају. Занимљиво питање јесте избор тог пара? ВКС се не бави тим питањем – питањем у односу на коју валуту се сагледава курс CHF – већ се заклонио иза нејасног захтева о утврђивању „просечног раста курса валута“. Природно је да се посматра курс између валуте обавезе, у овом случају CHF, и валуте исплате, у овом случају RSD. Природно је и због тога што се сви новчани токови у земљи обављају у националној валути (RSD), што значи да се у тој валути исказују и приходи оних који сервисирају своје кредитне обавезе. Нажалост, ВКС се не опредељује у овом погледу.

Друго, још је мање јасно шта значи „како се та промена исказује“ и какав је смисао тог питања. Промена се исказује индексом или процентом – уобичајен је и општеприхваћен одговор економске струке. Стога заиста није посао судова да дефинишу начин исказивања промене курса, тај посао је већ одавно обављен и резултат општеприхваћен. Посао судова, који ВКС очигледно није урадио, јесте да се одреде који је курс, у смислу пара валута, релевантан за сагледавање интензитета промене.

Треће, није пружена никаква смерница како ће се то, на основу чега, применом кога стандарда утврдити да ли је страна која се позива на промењене околности била дужна, односно да ли је могла предвидети раст курса CHF у време закључења уговора о кредиту. Како, на који начин, раздвојити ону промену која се могла предвидети од оне која није? У пресуди ВКС у предмету Прев. 60/2016 указује се на појаву енормне промене курса CHF у односу на RSD, а о енормној промени у свом тексту пише и судија Слијепчевић.¹⁶ Остаје нејасно, међутим, на основу чега се дошло до закључка да је посреди енормна промена, односно који је критеријум примењен за такву оцену. Надаље, из формулације коју сада употребљава ВКС произлази да то што је промена енормна (додуше не зна се на основу чега је то оцењено) није довољно да она не може бити очекивана, тако да ствари непотребно постају још сложеније.

У литератури је понуђен стандард те врсте, према коме оно што се већ догодило у прошлости у оном истом временском хоризонту колика је рочност уговора не може бити неочекивано у будућности.¹⁷ Уколико

16 Д. Слијепчевић, 65.

17 Управо је овај стандард руководио Државни савет Републике Француске (*Conseil d'Etat*) да пресуди (случај „*Chais d'Armagnac*“ од 9. априла 1962. године) да је попла-

је, на пример, рочност уговора о кредиту 30 година, онда је релевантно колика се промена курса догодила током 30 година које су претходиле тренутку закључења уговора. Свака уговорна страна била је дужна да предвиди такву промену, тј. дужна да могућност такве промене узме у обзир.¹⁸ Овим се добија јасан, објективан и недвосмислен стандард који не само да може лако да се примени него управо због тога што би његова промена била *ex ante* позната уговорним странама умањује правну несигурност.

Но, можда је још битније уочити да примена клаузуле *rebus sic stantibus* поткопава саму сврху валутне клаузуле. Наиме, показало се и овом пресудом ВКС потврђено је да је уговарање валутне клаузуле допуштено законом, а ова пресуда указује на то да је њена сврха уклањање „штетних ефеката примене начела монетарног номинализма“. Међутим, поставља се питање како ће та сврха бити остварена ако се промена курса валуте (на коју уговорне стране рачунају у тренутку склапања уговора и због чега уговарају валутну клаузулу) квалификује као промењена околност. Нижестепени судови по правилу допуштају промену курса, сматрајући их уобичајеним појавама на девизним тржиштима, што значи да су те промене, без обзира на њихов интензитет, уговорне стране биле дужне да узму у обзир. Све до пресуде Апелационог суда из Новог Сада (предмет Гж 1781/16 од 1. септембра 2016. године), апелациони судови су подржавали овакав став. Две одлуке ВКС одбациле су овакав конзистентан приступ, али нижестепеним судовима нису дале смернице шта треба да ураде, то јест да промене у свом дотадашњем разматрању и одлучивању. Као што је у претходним пасусима показано, ВКС не даје никакве смернице нижестепеним судовима за оцењивање и правно квалификовање забележене промене курса.

Следеће битно питање произлази из упутства које је ВКС дао нижестепеним судовима да „У том контексту (промењених околности – прим. аутора), потребно је расправити да ли је друга уговорна страна – банка могла предвидети раст курса швајцарског франка“ (стр. 6). Овакво упутство је, међутим, ирелевантно са становишта промењених околности, будући да ниједан члан ЗОО који се бави тим околностима не разматра да ли је друга уговорна страна, она која није тражила раскид уговора, била дужна, односно могла предвидети такве околности. На пример, ирелевантно је са становишта става 2 члана 133 ЗОО,

ва која се догодила могла да се предвиди, будући да се иста таква поплава догодила пре 69 година. Исто тако, применом управо тог стандарда, Управи суд у Греноблу је пресудио (предмет „*Dame Bosvy*“ од 19. јуна 1974. године) да је могла да се предвиди лавина, будући да се иста таква лавина догодила пре пола века.

18 За више детаља о понуђеном стандарду видети: Б. Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2016, 24–53.

будући да се тај члан бави искључиво питањем да ли је онај који тражи раскид уговора могао да предвиди околности о којима је реч. Нити у једном члану ЗОО у делу који се бави промењеним околностима не узима се у обзир асиметрија информација (једна уговорна страна знала је више од друге), или барем не асиметрија очекивања. За судски раскид уговара због промењених околности једино је битно да ли је уговорна страна која то тражи била у обавези да те околности узме у обзир. Стога је ово упутство ВКС контрапродуктивно и само непотребно одвлачи нижестепене судове од кључног питања: да ли је страна која тражи раскид уговора била дужна да узме у обзир промењене околности приликом његовог закључивања?

IV Позивање на промењене околности након пада у доцњу

Правно питање које је специфично за предмет Прев. 60/2016 јесте позивање на промењене околности након пада у доцњу. У конкретном случају, уговорне стране су заједнички констатовале 26. децембра 2012. године да је дужник у доцњи са отплатом кредита и споразумно су продужиле рок отплате дуга до 30. априла 2015. године, уз обавезу да се отплата главног дуга и плаћање камате врши шестомесечно. Међутим, дужник није извршио уговорене обавезе ни у споразумно одређеном накнадном року, због чега је поверилац једнострано раскинуо уговор о кредиту због неиспуњења у складу са члановима 124 и 126 ЗОО.¹⁹ Након вишемесечног одбијања да изврши уговорне обавезе у накнадно одређеном року, дужник је покренуо поступак пред Привредним судом у Београду (предмет П 1861/2014) са већ поменутиим главним тужбеним захтевом који се односи на ништавост уговорне клаузуле и евентуалним тужбеним захтевом који се односи на раскид уговора услед промењених околности.

У складу са начелом савесности и поштења које прописује члан 12 ЗОО, уколико су постојале промењене околности које отежавају испуњење обавезе, дужник је о томе морао да обавести повериоца пре пада у доцњу, још у току 2012. године.²⁰ У конкретном случају, дужник није обавестио повериоца о постојању таквих околности и то не само пре пада у доцњу, већ ни након тога, приликом споразумног одређивања додатног рока за извршење уговорних обавеза и у току трајања тог рока,

19 Видети чл. 124 и 126 ЗОО.

20 Слично закључује Ивица Јанковец: „Страна која је овлашћена да због промењених околности захтева раскид уговора дужна је да о својој намери да тако поступи обавести другу страну чим је сазнала да су такве околности наступиле.“; И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд 1993, 12.

који је био дужи од две године. Уколико је заиста дошло до промењених околности, може се поставити питање: због чега дужник није одмах затражио раскид уговора или због чега није одмах или у пригодном року обавестио повериоца о наступању тих околности и тада затражио раскид (или измену) уговора на основу члана 133 ЗОО? Из наведеног чињеничног стања може се закључити да је дужник одуговлачио извршење својих обавеза из уговора о кредиту (отплату главнице и плаћање камате) и да се на институт промењених околности позвао нечесно. У прилог томе иде и чињеница да тужилац није предложио, нити размотрио могућност измене уговора о кредиту услед евентуалног постојања промењених околности, већ је захтевао искључиво раскид уговора у оквиру евентуалног тужбеног захтева.

Колико су ти подстицаји јаки може се видети и у нелогичности подношења захтева за раскид уговора који је већ раскинут по сили закона, на основу једностране изјаве воље повериоца услед неиспуњења обавеза дужника у уговореном (и накнадно продуженом) року. У том смислу, Привредни апелациони суд је у поступку по редовним правним лековима (предмет Пж 766/14) правилно оценио да је „[...] захтев за раскид услед промењених околности, евентуални тужбени захтев, тужилац поставио након туженикове изјаве о раскиду због неиспуњења“. Међутим, ВКС, као што је већ наведено у претходном одељку, сматра да је таква оцена неутемељена и тражи да се преиспитају наводи дужника (тужиоца) који представљају директно нарушавање законске дефиниције валутне клаузуле. Тиме ВКС оспорава налаз нижестепених судова да је захтев за раскид уговора судским путем поднет након једностраног раскида уговора тиме што оспорава, односно тражи да се поново испита једностраног раскид уговора због неиспуњења, будући да се погрешном применом ЗОДП отвара могућност да је дужник ипак испунио своје обавезе („дуплирање кредитне обавезе“), што је беспотребна и контрапродуктивна дигресија.

Још једанпут ВКС упућује нижестепене судове у погрешном правцу, одвлачећи њихову пажњу од кључног питања, онога везаног за став 2 члана 133 ЗОО: да ли је страна која тражи раскид уговора због промењених околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности? Уколико јесте, онда она не може захтевати раскид или измену уговора на основу тих околности. То је претходно питање на које се мора одговорити и то је суштина целог спора у погледу примене института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом.

У Прописи о заштити потрошача и уговори о кредиту са валутном клаузулом

Специфично правно питање које је ВКС покренуо у предмету Прев. 60/2016 јесте примена прописа о заштити потрошача на кориснике финансијских услуга, у овом случају на кориснике кредита индексираних у СНФ. У образложењу пресуде, ВКС наводи следеће: „[...] принцип поштеног промета, у облигационим односима потрошача, односно корисника услуга и продавца, односно даваоца услуга, разрађен је [...] одредбама Закона о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 79/05), као и касније донетим и савременим законима који регулишу област заштите потрошача“ (стр. 6).

Пре свега, потребно је утврдити опсег примене Закона на који се позива ВКС у образложењу своје пресуде. Законом о заштити потрошача из 2005. године „[...] уређују се основна права потрошача, начин остваривања тих права, заштита права потрошача и примена етичких начела.“²¹ Међутим, већ је у члану 2 Закона потрошач дефинисан као физичко лице, а само изузетно то може бити и правно лице, и то „[...] када купује производе или користи услуге за сопствене потребе.“²² ВКС је утврдио у предмету Прев. 60/2016, као и нижестепени судови у предметима П 1861/14 и Пж 7663/14, да дужник послује у правној форми лица с ограниченом одговорношћу и да је уговор о кредиту закључен како би се финансирала изградња стамбено-пословног простора за тржиште. Дакле, имајући у виду да је дужник закључио уговор и одобрена средства користио у сврхе свог редовног пословања, а не у сопствене сврхе, у конкретном случају нема места примени ЗЗП-а. Позивањем на тај закон, ВКС од решених правних питања и јасних законских норми ствара нова, отворена правна питања и нове подстицаје дужницима за покретање судских поступака.

У давању упутства нижестепеним судовима, а у контексту права и обавеза уговорних страна из члана 43 ЗЗП, ВКС наводи: „Испуњење тих обавеза мора се ценити са становишта неспорно стручног знања банке даваоца кредита и њене обавезе да искуствено сагледа раније промене курса швајцарског франка и објективно оцени да ли је енорман раст курса те валуте могуће очекивати и у уговореном периоду повраћаја одобрених кредитних средстава тужиоцу. Ако су тим поводом учињени пропусти довели до конституисања неправичних уговорних одредби на штету тужиоца, исте се сагласно одредби члана 135 ЗОО морају ценити при раскиду уговора [...]“ (стр. 7).

21 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, Сл. гласник РС, бр. 79/05, чл. 1.

22 ЗЗП, чл. 2.

Неколико коментара. Прво, на страну неодређеност придева „енорман“, сагледавање историјских вредности курсева (било оно искуствено или не) у периоду трајања кредита (његовој рочности) једноставан је поступак и не захтева никакво стручно знање које поседују искључиво банке. Сходно томе, уколико нека уговорна страна није сагледала историјску вредност курсева пре закључења уговора, него је, на пример, од банке очекивала да то за њу учини, свакако је преузела ризик који из тога следи. Тим пре што је у овом случају у питању правно лице, друштво са ограниченом одговорношћу које послује на тржишту некретнина, коме прибављање информација о курсевима и њиховом кретању представља елементарни захтев пословања.

Друго, не постоји никаква „објективна оцена“ будућности, нити постоји асиметрија у погледу очекивања тако што би, на пример, постојала „објективна“ и „необјективна“. Будућност је неизвесна – нико не зна каква ће тачно бити будућа кретања курса било које валуте. Ово је тривијалан налаз, али се веома често на њега заборавља. Тврдња појединих дужника „банке су знале [колико ће порастати курс CHF], али нам нису рекле“ једноставно не стоји, будући да ни банке, ни НБС, ни ММФ, ни менаџери хеџ фондова на Вол стриту, нити било ко други није знао нити је могао да зна колики ће курс CHF бити у будућности. У најбољем случају, може се применити начело: „оно што се догодило у прошлости, може се догодити у будућност“;²³ али за примену тог начела нису потребна никаква „неспорна стручна знања“.

Треће, занимљиво је да ВКС указује на обавезу банке да „[...] у писаном облику упозори[ла] тужиоца на негативне последице које ће изазвати примена валутне клаузуле [...]“, па ту обавезу прво везује за члан 12 ЗОО, а потом за Закон о заштити потрошача, да би на крају упутио нижестепене судове на члан 135 ЗОО на основу кога они треба да одлучују о раскидању уговора услед промењених околности. Независно од већ уочених правних проблема, економски проблем који произлази из овог става ВКС лежи у формулацији да је банка дужна да „упозори дужника на негативне последице које ће изазвати примена валутне клаузуле“ јер банка, односно запослени у њој, попут осталих смртника, не знају шта доноси будућност и не знају какве ће бити последице примене валутне клаузуле. Нико не зна шта ће будућност донети и да ли ће последице примене валутне клаузуле бити „негативне“. Уместо да употреби кондиционал, што би једино било примерено, ВКС оваквом формулацијом између редова поручује да су банке знале да ће доћи до оваквог кретања курса CHF и до „негативних“ последица по дужника.

23 Наравно, посматрано као вредносно неутралан исказ, као констатација, а не као начело, ово је довољан, али не и потребан услов. У будућности може да се догоди и оно што се није догодило у прошлости.

Конечно, велику новину ВКС уноси образложењем захтева за утврђивање валутне структуре извора повериоца. Наиме, упутство нижестепеним судовима за утврђивање валутне структуре извора у досадашњој судској пракси већ се јављало, и то са различитим образложењем: или да би се утврдило да ли је повређено начело једнаких вредности давања (решење ВКС у предмету Рев. 321/2016), или као захтев да се „одобри“ примена валутне клаузуле (ПАС). Овог пута, међутим, испитивање валутне структуре извора ВКС везује за члан 135 ЗОО и резултати тог испитивања представљају „одлучне чињенице којима се опредељује и основаност [евентуалног] тужбеног захтева“ (стр. 7) за установљавање да ли је „дошло до конституисања неправичних уговорних одредби на штету тужиоца“ (стр. 7), што значи за одлучивање о томе да ли ће уговор бити судски раскинут (не и измењен) или не.

Сходно томе, ВКС изричито наводи и даје упутство нижестепеним судовима да је: „[...] потребно утврдити да ли је и под којим условима банка [поверилац] кредитна средства пласирана тужиоцу [дужнику] прибавила на међународном девизном тржишту,²⁴ по ком курсу је извршила трансфер тих средстава, односно да ли је иста у обавези да тако прибављена средства врати у тој или другој валути и по ком курсу се врши обрачун њеног дуга. То су одлучне (*sic*) или одлучујуће чињенице којима се опредељује и основаност [евентуалног] тужбеног захтева“.²⁵

Неколико напомена. Прво, остаје нејасно шта је законска основа за овакав захтев, будући да не постоји никаква законска обавеза банке да у потпуности усклађује валутну структуру својих извора и пласмана. Независно од било какве правне обавезе, банка ту структуру усклађује како би избегла валутни ризик, мада, због флексибилности пословања, та структура често није идентична – могу да постоје одређена одступања. Неусклађеност те структуре назива се нето отворена девизна позиција и она је не само допуштена него је НБС редовно прати, и то у функцији очувања финансијске стабилности – стабилности финансијског система земље.²⁶ Дакле, не постоји законска забрана неусклађености валут-

24 Очигледно је да ВКС не разликује међународно тржиште капитала и међународно девизно тржиште и њихове различите функције. Банка може да прибави средства намењена пласманима само на тржишту капитала. На девизном тржишту банка, као и било ко други, може само да сопствена средства из једне валуте претвори у другу. На том тржишту не може да се прибави (позајми) капитал.

25 Прев. 60/2016, стр 7. У цитираном делу пресуде вероватно се мисли на евентуални тужбени захтев тужиоца. Пресудом ВКС делимично је усвојена ревизија и укинута пресуда Привредног апелационог суда Пж 7663/14 и пресуда Привредног суда у Београду П 1861/14, и то само у делу у коме је одбијен евентуални тужбени захтев којим је тужилац тражио да се раскине уговор о кредиту због промењених околности.

26 Реч је о следећем: отворена нето девизна позиција, уколико се активира валутни ризик, може да доведе до финансијских губитака банке, па тиме и до њене несол-

не структуре извора и пласмана банке. Таква забрана не постоји ни на нивоу укупних извора и пласмана, ни на нивоу појединачног пласмана. Из другог угла посматрано, не постоји законска обавеза банке да кориснику кредита пласира кредит у оној валути у којој је извор тог кредита, независно од тога да ли су извор сопствени капитал, депозити или позајмљена средства. Отуда остаје потпуно непозната законска основа оваквог захтева ВКС.

Друго, упутство нижестепеним судовима упућено је у контексту „неправичних уговорних одредби на штету тужиоца“ (дужника – прим. аутора), а сагласно одредбама члана 135 ЗОО и начелу поштеност промета. Међутим, ВКС у овој пресуди није одговорио на веома битна питања. На пример: како је то начело поштеност промета нарушено уколико на нивоу појединачног кредита није усаглашена валутна структура извора и пласмана? Да ли се нешто мења у дужничко-поверилачком односу корисника кредита и банке уколико је банка конкретан додељени кредит пласирала из свог сопственог капитала, из депозита (девизних или динарских) физичких и правних лица или позајмљивањем тих средстава од других банака, на домаћем или светском тржишту капитала? Уколико врховна судска инстанца сматра да је релевантан одговор на питање да ли је и под којим условима банка кредитна средства прибавила на међународном тржишту капитала, то јест на који је начин банка дошла до средстава које је пласирала у виду кредита са валутном клаузулом, и то не на нивоу пословања банке у целини, о чему банка редовно извештава НБС, која те извештаје проверава редовним и ригорозним контролама, него за сваки појединачан пласман, односно одобрени кредит клијентима, онда треба да образложи због чега је то тако. ВКС није понудио образложење таквог свог става, а ни објашњење шта треба урадити како би другостепени суд одговорио на питање „како је банка дошла до средстава“.

Треће, остаје нејасно на која све питања нижестепени судови треба да обезбеде одговор, а још је мање јасно како да их обезбеде. Да покушамо да реконструирамо питања на која ВКС захтева одговоре:

(1) Да ли је и под којим условима банка кредитна средства пласирана дужнику прибавила на међународном девизном тржишту? Уколико је одговор на ово питање потврдан, онда, ваљда, следе одговори на следећа питања: У којој су валути позајмљена средства на међународном тржишту капитала (не девизном тржишту како погрешно наводи ВКС)?

вентности, што услед ефеката преливања на друге банке и остале финансијске посреднике, доводи до финансијске нестабилности целог система. Стога је потребно да укупна нето отворена позиција у финансијском систему не буде изнад одређеног прага, што се постиже контролом и ограничавањем нето отворене девизне позиције сваке појединачне банке у систему.

Колика је каматна стопа? Колика је рочност кредита и каква је средства обезбеђења дала банка свом повериоцу? Остаје нејасно шта се дешава уколико је одговор одричан. Наиме, ВКС не тражи истраживање порекла извора средстава која нису позајмљена на међународном тржишту капитала.

(2) По ком је курсу извршила трансфер средстава, односно да ли је „иста“ (вероватно банка – примедба аутора) у обавези да тако прибављена средства врати у тој или другој валути? Из овог питања постају јасне последица тога што ВКС не прави разлику између тржишта капитала и девизног тржишта и што (погрешно) сматра да се капитал позајмљује на „међународном девизном тржишту“. На међународном тржишту капитала средства се позајмљују у одређеној валути која је и валута обавезе и валута исплате. На том тржишту не постоји раздвајање какво постоји у случају валутне клаузуле. У току трајања кредита, валута може да се промени, али и даље нема раздвајања између валуте обавезе и валуте исплате.

(3) По ком курсу се врши обрачун њеног (банчиног) дуга? Не постоји такав курс, будући да постоји само валута кредита, па се обавеза банке исказује у валути тог кредита – курс је ирелевантан.²⁷ Неке од ових информација могу се прибавити, а неке не, једноставно због тога што не постоје, пошто нису део банкарског пословања.

Четврто, остаје нејасно које су то правне последице одговора на ова питања, наравно уколико ти одговори могу да се дају. Које су правне последице уколико се банка, на пример, није задужила на међубанкарском девизном тржишту, него је, на пример, та средства пласирала из депозита трећих лица у банци или из сопственог капитала? Које су правне последице тога да се, на пример, у неком конкретном случају банка задужила у једној, а пласирала кредит у другој валути? Које су правне последице тога што је, на пример, каматна стопа коју банка наплаћује свом дужнику (активна камата) за 3% виша од каматне стопа коју банка плаћа свом повериоцу (пасивна каматна стопа)? Да ли је, на пример, са 3% нарушено начело поштености промета, а са 2% није? Да ли је начело поштености промета нарушено уколико је рочност задуживања банке дужа или краћа од рочности кредита који је дала? Да ли неко мора да има исти број уговора у којима је дужник као и оних у којима је поверилац и, наравно, да ли сви ти уговори морају да буду изражени у истој валути, при чему би све обавезе доспевале истовремено и биле конвертоване у истом тренутку и по истом девизном курсу

27 Одвојено је питање исказивања пасиве банке у билансу стања које се исказује у RSD. Међутим, ту се користе рачуноводствени стандарди и одговарајућа ревалоризација, која заиста нема никакве везе за пословањем банке у домену позајмљивања капитала и кредитних уговора.

како не би било нарушено начело поштеног промета. Дакле, уколико нижестепени судови буду прибавили одговоре на сва ова питања, остаје отворено питање шта са њима да раде. Уз све то, стиче се утисак да ВКС занемарује прописе у области регулације финансијских тржишта, чија је примена у надлежности НБС, а који изричито дозвољавају отворену нето девизну позицију свих пословних банака у Србији.²⁸

Конечно, остаје отворено питање како карактеристике уговора које банка има са трећим лицима условљавају правна дејства уговора о кредиту са валутном клаузулом. Оваквим својим ставом и упутствима датим нижестепеним судовима, ВКС директно поткопава став да однос између повериоца из пуноважно закљученог уговора о кредиту и трећих лица није релевантан за оцену правних дејстава валутне клаузуле из уговора о кредиту. Својим недвосмисленим ставом да основаност евентуалног тужбеног захтева дужника из закљученог уговора о кредиту зависи од уговорних односа које поверилац из тог уговора има са трећим лицима, ВКС показује да за примену института *rebus sic stantibus* нису битни само елементи изричито предвиђени законом, већ изгледа и неки други.

Оваквим упутством ВКС је довео нижестепене судове у незавидан положај. Они не знају тачно шта треба да ураде, због чега то чине и како то да учине, као ни то које су правне последице резултата до којих би евентуално дошли. И то се, после решења ВКС у ревизији Рев. 321/2016, понавља.

VI Закључак

Може се идентификовати неколико корака које је ВКС својом пресудом у предмету Прев. 60/2016 учинио на плану решавања дилема у погледу примене института *rebus sic stantibus* на уговоре о кредиту са валутном клаузулом. Нажалост, нису сви ти кораци у истом смеру.

Корак напред је свакако јасан став да је валутна клаузула заснована на закону и да је, стога, њено уговарање безусловно допуштено. Тиме

28 Банка нема никакву правну обавезу да потпуно усклађује валутну структуру извора и пласмана на нивоу појединачног пласмана. Међутим, постоји обавеза таквог усклађивања на нивоу целокупног портфеља пласмана банке, и то на основу две одлуке НБС: Одлуке о управљању ризицима банке, *Сл. гласник РС*, бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013, 33/2015 и 61/2015 и Одлуке о адекватности капитала банке, *Сл. гласник РС*, бр. 46/2011, 6/2013, 51/2014 и 85/2016. При томе, не тражи се апсолутно усклађивање већ је само прописана граница која не сме да се пређе – нето отворена девизна позиција не сме да буде изнад 20% вредности капитала банке, што се у условима нивоа адекватности капитала какав сада постоји у Србији своди на 5% укупног пласмана.

су уклоњена ранија тумачења о условној допуштености валутне клаузуле. Најважније је то што се овим ставља тачка на расправу о могућности да се уговори о кредиту прогласе ништавим у делу који се односи на валутну клаузулу, па се може очекивати умањење ако већ не престанак тужби за делимични поништај уговора о кредиту због недопуштености валутне клаузуле.

Нажалост, овај корак напред прате бројни кораци уназад. Први корак назад јесте онај који је ВКС направио приликом разматрања промене курса као промењене околности. Не само да је ВКС одбацио налазе нижестепених судова да је промена курса уобичајена појава на девизним тржишту, па тиме допустио могућност да промена курса буде промењена околност, него, пошто је то учинио, није понудио никакав стандард на основу кога би се могле разликовати оне промене курса које чине промењену околност у односно на оне које то не чине. Уз то је нижестепеним судовима дао нејасне смернице о томе како да утврђују промену курса, да би на крају у разматрање беспотребно и без законске основе уврстио и питање да ли је постојала асиметрија очекивања између две уговорне стране у погледу промене курса у будућности. Када је већ одбацио налаз да промена курса сама по себи није промењена околност, ВКС је морао да понуди јасан стандард за оцењивање те промене, попут оног „шта се догодило у прошлости, може се очекивати у будућности“ и недвосмислено се определи да је реч искључиво о курсу између валуте обавезе и валуте исплате, као и да се усмери искључиво на та да ли је она страна која тражи раскид (или измену) уговора о кредиту због промене курса била дужна да ту промену узме у обзир у смислу става 2 члана 133 ЗОО. Све док ВКС не елиминише нејасноће ове врсте, односно док се једнозначно не определи о овим питањима, постојаће подстицаји за тужбе за раскид (или измену) уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности, тако да се може очекивати увећање тужби те врсте. Не само у случају швајцарског франка, већ и у случају других страних валута које су у складу са законом и вољом уговорних страна уговорене као валута обавезе.

Други корак уназад јесте недоследна примена налаза о безусловној допуштености валутне клаузуле и, сходно томе, коришћењу њеног категоријалног апарата. Таквом недоследном применом, ВКС је оспорио налаз нижестепених судова да је захтев за судски раскид уговора услед промењених околности поднет после једностраног раскида уговора због неиспуњења. Да је доследно применио законско решење којим се дуг исказује искључиво у валути обавезе, онда не би захтевао да нижестепени судови испитују налазе тужиоца који се заснивају на погрешној употреби валуте исплате као валуте обавезе, а на основу којих не произилази да дужник није редовно извршавао своје обавезе.

Трећи корак назад јесте примена закона о заштити потрошача на случај на који се он никако не може применити – случај у коме је дужник правно лице, а који је средства позајмио за финансирање редовног пословања у оквиру своје основне делатности. Овим је ВКС нарушио начело истоветног третмана – на различити начин третирао је правна лица, односно привредна друштва, једно у реалном сектору, које добија заштиту коју уживају потрошачи, а друго у финансијском сектору. На овако погрешној примени права, међутим, ВКС гради своју тезу да је постојала асиметрија очекивања, односно да су повериоци, за разлику од дужника, били обавезни да предвиде раст курса валуте обавезе и да о томе *ex ante* обавесте дужника, у овом случају привредно друштво.

Четврти корак назад представља увођење захтева нижестепеним судовима да утврде порекло, структуру и услове прибављања средстава која су пласирана уговором о кредиту. Такав захтев нема никакву праву основу, представља условљавање оцене о пуноважности закљученог уговора између две стране уговорима које једна од те две стране има са трећим лицима. Питања на која нижестепени судови треба да одговоре су нејасна, понекад тривијална, а понекад бесмислена, између осталог због тога што је ВКС погрешно поистоветио девизно тржиште са тржиштем капитала. Коначно, ВКС ни на који начин није определио које су то правне последице одређених одговара на питања која је упутио нижестепеним судовима, мада сам наводи да се тим одговорима опредељује основаност тужбеног захтева. Четврти корак назад је највећи у поређењу са осталима.

Сва четири корака назад појачавају све оне негативне ефекте до којих је већ довела претходна одлука ВКС.²⁹ Највише је појачан ефекат умањења правне сигурности у области финансијског посредовања, а управо је то најкрупнији негативан ефекат на привредни раст земље. Несумњиво да постоје они који се радују оваквим одлукама ВКС, попут оних који су покренули парнице за судски раскид уговора због промењених околности и адвоката који их заступају. Радост тужилаца може да буде преурањена, чак и уколико на крају дође до раскида уговора, што је и даље крајње неизвесно, будући да могу много да изгубе у поступку накнаде штете.³⁰ Независно од тога, далеко је већи број оних који губе, оних који ће тек да узимају кредит или оних који очекују да ће добро и ефикасно финансијско посредовање да поспешу привредни раст земље и приближавање просперитету.

Пре више од једног века Владимир Иљич Лењин је у памфлету „Корак напред, два корака назад“ бранио своју улогу у цепању тадашње

29 Видети: Б. Беговић, *Правни живои*, 2017, у штампи.

30 Видети: Предраг Ђатић, „Валутна клаузула, раскид и последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом“, *Правни живои*, Година LXVI, књига 596, број 3–4, 2017.

Руске социјалдемократске радничке партије на њеном конгресу 1903. године. Оправдано је, ипак, надати се да ће, после четири корака назад, ВКС кренути правим путем, следећи онај први корак напред, избећи било какво цепање и, што је најважније, омогућити исход који је за нашу земљу бољи од оног што је Русији донела бољшевичка револуција.

Boris BEGOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

Nikola ILIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

A STEP FORWARD, FOUR STEPS BACK: THE SUPREME COURT OF CASSATION ONCE AGAIN ABOUT A FOREIGN CURRENCY CLAUSE

Summary

The aim of the paper is comprehensive analyse of the decision of the Supreme Court of Cassation (SCC) case Prev 60/2016 of 27th April 2017. A step forward is a clear position of the SCC that foreign currency clause is based on law, hence is unconditionally allowed in loan contracts. The first step back is that the SCC by rejecting findings of the lower-ranked courts that foreign exchange rate fluctuation is a common phenomenon of the foreign exchange market, failed to provide a standard for evaluation of that fluctuation. The second step back is inappropriate application of the legislative provision that the obligations of the contractual parties are always expressed on the currency selected for the foreign currency clause. The third step back is the application of consumer protection legislation in the case of the corporate debtor who borrowed capital for his main commercial activity. The fourth step back is the request for information of the origin, structure and terms of acquiring liabilities that is used for bank's assets by loan contacts. The request is not founded in law, the questions in the guidelines to the lower-ranked courts are not clear, some of them are trivial and some senseless. Furthermore, the SCC did not specify what are the legal consequences of the answers to these questions. The analysed decision further undermines legal certainty the financial intermediation sector.

Key words: loan contract, foreign currency clause, *rebus sic stantibus*, Supreme Court of Cassation, legal certainty.

др *Кашарина ЂУЛИЋ*
ванредни професор, Фефа, Универзитет Метрополитан, Београд

Ана ВЈЕТРОВ
асистент, Фефа, Универзитет Метрополитан, Београд

АНАЛИЗА ПОЛИТИКЕ ДИВИДЕНДИ НА ПРИМЕРУ КОМПАНИЈА У СРБИЈИ*

Резиме

У теорији финансија је прекозгодно да вредности фирме, у већој или мањој мери, зависи од оптимизације три основне пољитике фирме: (1) инвеститорне пољитике, (2) пољитике финансирања (задуживања), и (3) пољитике дивиденди. Резултати испрживања, који су сроведени на узорку од 41 компаније су показали: теорија сигнализирања везана за пољитику дивиденди није валидна за компаније у Србији, имајући у виду концентрисано власништво у компанијама које умањује информациону асиметрију и самим тиме смањује значај пољитике исплате дивиденди у контексту слања позитивне сигнале инвеститорима. Такође, компаније у Србији немају јасно дефинисане дуорочне таргете који се односе на део добити који се исплаћује кроз дивиденде. На крају, компаније из корпе BELEX 15 нису успешније у примени добрих праила корпоративне уривљања које се односе на пољитику дивиденди у односу на компаније ван корпе.

Кључне речи: *пољитика дивиденди, BELEX 15, информациона асиметрија, концентрисација власништва.*

* Овај рад је део истраживачког пројекта Унапређење конкурентности Србије у процесу приступања Европској унији, број 47028, за период 2011–2017. године који подржава Министарство за просвету и науку Републике Србије.

I Увод

У теорији финансија је препознато да вредност фирме, у већој или мањој мери, зависи од оптимизације три основне политике фирме: (1) инвестиционе политике, (2) политике финансирања (задуживања), и (3) политике дивиденди. Фирма најпре мора да одреди колико и како жели да расте (инвестициона политика). Након тога, потребно је одлучити на који начин ће се финансирати раст – задржаном добити, докапитализацијом или дугом (политика финансирања односно задуживања). Коначно, одлучује се о алокацији нето прихода између две алтернативе: (а) задржавање добити односно финансирање инвестиција задржаном добити, или (б) исплата дивиденди (политика дивиденди).¹

У финансијској литератури постоји дуготрајна дебата о важности политике дивиденди и њеном утицају на вредност фирме. На једној страни су превасходно теоријска разматрања која настоје да изолују стварне детерминанте вредности фирме. Милер и Модилјани се и данас сматрају полазном платформом за било које размишљање на тему дивидендне политике. Под низом теоријских претпоставки (свет без пореза, ефикасно и перфектно тржиште) они закључују да се вредност фирме ствара на левој страни биланса стања односно да вредност фирме зависи од инвестиционе политике фирме, њене имовине, употребе те имовине (пословања) и оперативне профитабилности. Политика дивиденди је, у том смислу, ирелевантана јер она само одређује расподелу створене вредности.² По чувеној метафори коју је употребио Милер, инвестиције и оперативна профитабилност одређују „величину пице“, а политика дивиденди како ће већ дата пица бити сечена и дељена.³

С друге стране, постоје емпиријске студије које су кроз интервјуе са врхом управа компанија покушале да утврде како менаџери у стварности (у којој претпоставке Милерове и Модилјанијеве хипотезе не држе) размишљају о дивидендама. У једној студији која је спроведена 2004. године⁴ и која је заправо надградња чувене Линтнерове студије из 1956. године,⁵ аутори су добили следеће кључне одговоре: (1) менаџери

1 Gil Cohen, Joseph Yagil, „A Multinational Survey of Corporate Financial Policies“, *Journal of Applied Finance*, Spring/Summer 2007, 57.

2 F. Modigliani, M. H. Miller, „The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment“, *American Economic Review*, бр. 48(3)/1958, 297.

3 Доступно на адреси: [http://business.baylor.edu/Don_Cunningham/After%20the%20M&M%20Revolution%20\(CFO%20Magazine%201998\).pdf](http://business.baylor.edu/Don_Cunningham/After%20the%20M&M%20Revolution%20(CFO%20Magazine%201998).pdf).

4 A. Brav, J. R. Graham, C. R. Harvey, R. Michaely, „Payout Policy in the 21st Century“, *Journal of Financial Economics*, бр. 77/2005, 483–527.

5 J. Lintner, „Distribution of Incomes of Corporations among Dividends, Retained Earnings, and Taxes“, *American Economic Review*, бр. 46/1956, 97–113.

не воле да доносе одлуке о исплати дивиденди за које постоје изгледи да ће у будућности морати да буду промењене. Они се нарочито брину око повећања дивиденди иза ког може уследити одлука о њиховом поновном смањењу. У таквом случају, већина ће се пре одредити да се задужи и исплати обећану дивиденду него да промени политику дивиденди; (2) да би избегли опасност смањења дивиденде, менаџери „пеглају“ („smooth“) дивиденде.⁶ У том смислу, менаџери ће повећати исплату дивиденде само кад су сигурни да је промена у приходима (у смислу њиховог повећања) стабилна на дуги рок. Привремене промене у приходима неће довести до промене политике дивиденди; и (3) менаџери више брину о промени дивиденде него о апсолутном износу исплаћене дивиденде јер промена изазива реакцију међу инвеститорима (у промену се учитавају нове информације о вредности фирме).

Постоји ли добра пракса корпоративног управљања кад су у питању дивиденде? У Србији Закон о привредним друштвима⁷ не даје много упутстава о самој политици дивиденде. Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије такође не бави се посебно овим питањем. Ипак, у делу који се односи на предузећа у којима је држава један од власника и у којем је потребно посебно заштитити остале власнике наводи се да би такво предузеће требало да има усвојену политику дивиденди која би требало да буде јавна и примењивана. Одлуку о дивидендама треба да одобри скупштина (а предложи одбор директора, односно надзорни одбор) након што анализира потребне инвестиције. Треба, по Кодексу, нарочито треба избегавати дискрециону исплату дивиденди држави, јер она ограничава планирање и инвестициону политику ових друштава.⁸ Ове одредбе Кодекса у великом мери представљају добру праксу корпоративног управљања у погледу политике дивиденди.

У овом раду покушава се дати одговор на питање како на политику дивиденди гледају менаџери у Србији? Утиче ли она и на нашем неперфектном и неефикасном тржишту на цену акције? Коначно, занимало нас је да ли компаније које су се на берзи профилисале као компаније са добрим корпоративним управљањем у већој мери обраћају пажњу на политику дивиденди од осталих компанија?

6 Неки аутори тврде да је „пеглање дивиденди“ нарочито присутно и важно код фирми које су у финансијским проблемима и које на тај начин покушавају да привуку инвеститоре. Види Р. Kumar, B. S. Lee, „Discrete Dividend Policy with Permanent Earning“, *Financial Management*, бр. 30(3)/2001, 55–76.

7 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015), чл. 271–274.

8 Привредна комора Србије, Кодекс корпоративног управљања, стр. 46, доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Tekstil%20i%20koza/Kodeks%20korporativnog%20upravljanja.pdf>.

Сам рад је структуриран на следећи начин. После увода следи преглед литературе, где ће аутори рада представити и хипотезе. Након хипотеза, следи објашњење методологије која се користила у емпиријском делу и након тога представиће се резултати истраживања. На крају следе закључна разматрања и библиографија.

II Преглед литературе

Наше истраживање спроведено је на узорку који је обухватао 41 компанију. Само деск истраживање је обухватало 30 компанија којима су били дистрибуирани упитници од стране аутора, а сам узорак је допуњен и компанијама из корпе *BELEX 15*,⁹ које су служиле као контролни узорак. На основу анализе узорка формулисане су три основне хипотезе:

1. Политике дивиденди и најаве исплате дивиденди путем сигнализација могу утицати на кретања цена акција предузећа.

У првој хипотези централно питање је да ли дивиденда (тј. политика дивиденди) има ефекат сигнализација, односно да ли смањује информациону асиметрију између управе и инвеститора и тако утиче на цену акције тј. вредност фирме. Стога, у наставку текста анализираће се литература која испитује споменуту проблематику.

Неки аутори тврде да политика дивиденди има позитиван утицај на приносе на акцију у дугом року.¹⁰ Студија базирана на анкетама менаџера у Великој Британији (2000. године, 164 фирме са Лондонске берзе) објављена је 2005. године.¹¹ Аутор креће од основне хипотезе да у реалном свету тржишта нису комплетна и перфектна као у хипотези Милера и Модиланија и да, стога, политика дивиденди утиче на вредност фирме јер адресира неколико тржишних имперфекција. У

9 *BELEX 15* представља индекс најликвиднијих акција на Београдској берзи. Намена индекса јесте да мери промене цена најликвиднијих акција на домаћем тржишту капитала. Индекс је пондерисан тржишном капитализацијом и израчунава се свакодневно, у реалном времену. Учешће појединачне компаније ограничено је на 20 одсто (у смислу вредности капитализације). У индексној корпи су следеће акције: НИС а.д., Нови Сад, Аеродром Никола Тесла а.д., Београд, Комерцијална банка а.д., Београд, Галеника Фитофармација а.д., Земун, Металац а.д., Горњи Милановац, Енергопроект холдинг а.д., Београд, Мессер Техногас а.д., Београд, Алфа плам а.д., Врање, Сојапротеин а.д., Бечеј, Јединство а.д., Севојно, и Импол Севал а.д., Севојно.

10 A. Kalay, R. Michaely, „Dividends and Taxes: A ReExamination“, *Financial Management*, бр. 29(2)/2000, 55–75.

11 A. Dhanani, „Corporate Dividend Policy: The Views of British Financial Managers“, *Journal of Business Finance & Accounting*, 32(7) & (8), September/October 2005, 1625–1672.

помоћним хипотезама аутор идентификује канале тог утицаја тражећи упоришта у финансијској литератури. Прво, аутор испитује да ли политика дивиденди утиче на капиталну структуру фирме и њену инвестициону политику и, преко њих, на вредност фирме. Идеја је да је политика дивиденди често последица одлука о инвестирању и финансирању фирме, али постоји и веза у супротном смеру. Другим речима, флексибилна (и резидуална) политика дивиденди подразумева да се власницима исплаћују оне дивиденде које преостану након што су оптимизоване одлуке о инвестирању и финансирању.¹² Друго, политика дивиденди може повећати вредност фирме кроз смањење инвестиционе асиметрије између власника и менаџера (теорија сигнализирања).¹³ Наиме, издашна политика дивиденди је кредибилан мада скуп механизам да се инвеститорима покаже (сигнализира) разлика између стварно успешних фирми (које су у стању да конзистентно исплаћују издашне дивиденде) и оних које се само представљају као успешне. Треће, политика дивиденди смањује агенцијске трошкове. Наиме, враћајући готовину акционарима, дивиденде смањују могућност да менаџери праве субоптималне инвестиционе одлуке, а уз то издашна исплата дивиденди приморава менаџере да инвестиције финансирају и из других извора повећавајући тиме мониторинг над менаџерима, јер се он проширује и на власнике дужничког капитала.¹⁴ Коначно, могуће је да неки акционари због природе њиховог положаја (нпр. порески статус, институционални инвеститори итд.) преферирају исплату дивиденди или пак стабилну политику дивиденди.¹⁵ Фирме које излазе у сусрет таквим инвеститорима имају већу вредност акција на тржишту.

Резултат студије¹⁶ је показао да менаџери у Великој Британији у основи подржавају основну хипотезу, те да чак и на тако развијеном тржишту (које је блиско теоријској идеји о ефикасном тржишту капитала) политика дивиденди утиче на вредност фирме. Конкретно, они сматрају да политика дивиденди адресира информациону асиметрију

12 W. Megginson, *Corporate Finance Theory*, Addison Wesley, 1997.

13 На пример, S. Bhattacharya, „Imperfect Information, Dividend Policy and ‘the Bird in Hand’ Fallacy’”, *Bell Journal of Economics*, Vol. 10, 1979, 259–270; K. John, J. Williams, „Dividends, Dilution and Taxes: A Signaling Equilibrium”, *Journal of Finance*, Vol. 40, 1985, 1053–1070.

14 M. Jensen, „Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance and Take-overs”, *American Business Review*, Vol. 76, 1986, 323–329.

15 Такође, Li и Lie тврде да одлука о промени дивиденде, као и износ промене, зависи од премије коју тржиште капитала додељује дивидендама. Они верују да тржиште капитала награђује менаџере који узимају у обзир захтеве инвеститора. W. Li, E. Lie, „Dividend Changes and Catering Incentives”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 80 (No. 2), 2006, 293–308.

16 A. Dhanani, 1625–1672.

као и да утиче на вредност оних фирми у чијој власничкој структури су инвеститори који имају отворену преференцију за редовну и стабилну (и/или издашну) исплату дивиденди. С друге стране, студија није подржала идеје о капиталној структури и смањењу агенцијских трошкова. Коначно, студија је показала да „тачност“ хипотеза зависи од величине фирме, индустријског сектора, прилика за раст индивидуалне фирме, власничке структуре и фактичке информационе асиметрије.¹⁷

Друга хипотеза у раду гласи:

2. Генерално гледано, компаније у Србију немају јасно дефинисане дугорочне таргете који се односе на део добити који се исплаћује кроз дивиденде.

Управо са тим у вези, поставља се питање, да ли је веза између политике дивиденди и цене акција подједнако важна на развијеним тржиштима капитала и онима која су у развоју.

Раније поменута студија из 2004. године која је прикупила информације од 140 финансијских директора из пет развијених земаља (САД, Велика Британија, Немачка, Канада и Јапан)¹⁸ показала је да чак и на најразвијенијим тржиштима менаџери много више пажње посвећују инвестиционој политици него политикама задуживања и дивиденди. Међутим, иста студија налази да се релативни значај две потоње повећава заједно са задужењем фирме.

Када су у питању тржишта у развоју, нема студија које су се тим питањима бавила на нашим просторима. Ипак, када је Јужна Европа у питању, анализа 63 нефинансијске фирме које су исплаћивале дивиденде у периоду од 1993. до 2007. године, а које су листиране на грчком тржишту капитала,¹⁹ показала је да профитабилност и ликвидност повећавају код ових фирми вероватноћу исплате дивиденде. С друге стране, инвестиционе прилике, задуженост и ризик пословања смањују изглед исплате дивиденде. У целини узев, налази подржавају хипотезу о информационој асиметрији и агенцијским трошковима, те у том смислу

17 Dewenter и Warther, на пример, пореде политике дивиденди америчких и јапанских компанија и тестирају утицај тих политика на цене акција. Показује се да јапанске компаније имају мање проблема са информационом асиметријом од америчких. Стога, цена акција у Јапану мање реагују на промене у политици дивиденди него у случају Америке. К. L. Dewenter, V. A. Warther, „Dividends, Asymmetric Information and Agency Conflicts: Evidence From a Comparison of Dividend Policies of Japanese and US firms“, *Journal of Finance*, Vol. 53 (No. 3), 1998, 879–904. Када у фирми постоји већински акционар, такође се сматра да је информациона асиметрија мања.

18 G. Cohen, J. Yagil, 57.

19 Patra Theophano, Poshakwale Sunil, Kean Ow-Yong, „Determinants of Corporate Dividend Policy in Greece“, *Applied Financial Economics*, Vol. 22, Issue, 13–15, August 2012, 1079–1087.

указују да се ситуација на овом тржишту у развоју не разликује много од ситуације на развијеним тржиштима.

Студија Шпаније даје сличне налазе. На узорку од 101 велике, нефинансијске, листиране шпанске компаније аутори потврђују да политика задуживања и дивиденди утиче на вредност фирме.²⁰ Они показују да је та веза негативна у оба случаја када фирма има прилика за раст. Насупрот томе, обе политике (исплата дивиденди и задуживање) позитивно утичу на вредност фирме када инвестиционих прилика нема. Студија је такође потврдила да власничка структура утиче на одлуку о алокацији ресурса фирме.

3. Компаније из корпе BELEX 15 су успешније у примени добрих правила корпоративног управљања које се односе на политику дивиденди у односу на компаније ван корпе.

У трећој хипотези ће се контрастирати типично а.д. које је листирано с „економским мотивима“ (прикупљање екстерног капитала од широке инвестиционе базе, раздвајање власништва и управљања итд.) и „остале“ фирме (фирме које нису а.д. или су формално а.д. али су по својој економској суштини д.о.о. тј. имају контролне акционаре). Суштински, поредиће се компаније из корпе BELEX 15 са компанијама којима је послат упитник, које су већински д.о.о по правном облику и организационој структури.

Фама и Френч примећују тренд пада у броју компанија које исплаћују дивиденде у готовини са 66.5% у 1978. години на свега 20.8% у 1999. години.²¹ Овај драматичан пад они приписују природи фирми чијим акцијама се тргује на америчком тржишту капитала. Промена у природи листираних фирми је последица промена у правилима листинга. Они примећују да је значајно повећан број малих фирми које су листиране на берзама, да те фирме имају мале профитне марже али нуде добре прилике за раст. Такве компаније, по правилу, не исплаћују дивиденде. Даље, мале компаније, по правилу, исплаћују мање дивиденде од великих.

Једна студија са Истамбулске берзе која користи податке о 116 индустријских компанија у периоду од 2004. до 2009. године испитала је однос између концентрације власништва и дивидендног приноса.²² Ре-

20 Pablo de Alonso Andres, Felix J. Iturriaga Lopez, Juan A. Sanz Rodriguez, „Financial Decisions and Growth Opportunities: A Spanish Firm's Panel Data Analysis“, *Applied Financial Economics*, Vol. 15, Issue. 6, March 2005, 391–407.

21 E. F. Fama, K. R. French, „Disappearing Dividends: Changing Firm Characteristics or Lower Propensity to Pay?“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 60 (No. 1), 2001, 3–43.

22 Ersan Ersoy, Emin Hüseyin Çetenak, „The Impact of Ownership Concentration on Dividend Payout Policy: Evidence From Turkey“, *Ege Academic Review*, Vol. 15 Issue 4, 2015, 509–521.

зултати показују да постоји позитивна корелација између концентрације власништва и дивидендног приноса. Идеја је да је у случају постојања већинског акционара информациона асиметрија далеко мања, па самим тим мања је могућност сигнализирања путем политике дивиденде. Такође, студија из Белгије²³ показује да компаније у приватном власништву по правилу не плаћају дивиденде. У поређењу са листираним компанијама оне ће ређе плаћати дивиденде, а и сами износи ће бити мањи. У овој студији се показало и да групе компанија плаћају веће дивиденде од компанија које нису део групе, као и да компаније које су у групи, плаћају веће дивиденде уколико имају мањинске акционаре. Коначно, постоје докази да фирме које су листиране у далеко већој мери „пеглају“ дивиденде него фирме које су приватне и у том смислу нису подвргнуте строгом надзору јавних тржишта капитала.²⁴

Поменута британска студија²⁵ која је испитала и везу између појединих карактеристика фирме и политике дивиденди уочила је извесне правилности. Наиме, истраживање је показало да уколико у власничкој структури фирме постоји велико учешће институционалних инвеститора, фирма ће мање обраћати пажњу на стабилну исплату готовинских дивиденди, а више на утицај прописа о порезима и њихов утицај на различите категорије прихода институционалних инвеститора. Даље, компаније које су у фази раста верују да је акционарима важнија капитална добит од дивиденде. Супротно важи за фирме које су у фази слабог раста. Величина фирме на два начина има везе са исплатом дивиденди. Мање компаније имају већа буџетска ограничења и стога морају бити флексибилније са исплатом дивиденди. Даље, оне верују да у њиховом случају дивиденде имају снажнији ефекат сигнализирања него код фирми које су добро етаблиране и постоје дужи низ година због релативно веће информационе асиметрије.²⁶ Када је у питању утицај индустрије у којој фирма послује, британско истраживање је показало да фирме у финансијској индустрији и комунална предузећа релативно више верују у сигнализирање дивидендама него предузећа у осталим индустријама. Коначно, високо задужене фирме обраћају више

23 An Rommens, Ludo Cuyvers, Marc Deloof, „Dividend Policies of Privately Held Companies: Stand-Alone and Group Companies in Belgium“, *European Financial Management*, Vol. 18 Issue 5, 2012, 816–835.

24 Roni Michaely, Michael R. Roberts, „Corporate Dividend Policies: Lessons from Private Firms“, *Review of Financial Studies*, Vol. 25 Issue 3, 2012, 711–746.

25 A. Dhanani, 1625–1672.

26 Види, такође: Н. Mozes, D. Rapaccioli, „The Relation Among Dividend Policy, Firm Size and the Information Content of Earnings Announcement“, *The Journal of Financial Research*, Vol. 18, 1995, 75–88; М. Mougoue, R. Rao, „The Information Signalling Hypothesis of Dividends: Evidence from Co-integration and Causality Tests“, *Journal of Business Finance & Accounting*, Vol. 30, 2003, 441–478.

пажње на потребе и жеље власника те последично и на политику дивиденди. Грахам и Харви у њиховој студији такође показују да компаније које преферирају финансијску флексибилност у погледу задуживања, обраћају већу пажњу на политику дивиденди.²⁷

III Методологија

Аутори су за потребе истраживања направили упитник који има 15 питања на која су одговарали менаџери, углавном *CFO* (финансијски директори, *Chief Finance Officer*). Узорак је обухватио 30 компанија. У самом упитнику питања су се фокусирали на политику исплате дивиденди, везу политике дивиденди и вредности компаније, такође, њену везу са инвестиционим и финансијским одлукама, као и конзистентност компанија у исплати дивиденди својим власницима. Кроз упитник се испитује и Линтнеров модел као и његова примењивост на српским компанијама. Испитаници су на сва ова питања имали опцију заокруживања одговора од 1 до 5 (1 „никад“ и 5 „увек“). Упитници су послати *CFO* путем мејла, а аутори рада су у случају неких нејасноћа имали право да позову испитаника телефоном, како би отклонили сваку нејасноћу.

Упитник је попунило 30 *CFO*. Основни критеријум за формирање узорка је био разноликост пословања, односно циљ је био да се покрије што већи број делатности, како би се дошло до релевантних закључака. Стога, аутори су настојали да стратификован узорак обухвати предузећа различите величине, типа власништва, делатности, како би имали реалнију слику и утврдили евентуалне разлике у примени концепта које су условљење карактеристикама предузећа. У самом узорку у погледу величине компанија, 33% представљају велика предузећа, 23% средња, 18% мала и 26% микро. Ако се анализира власништво, 60% компанија је у страном власништву, а 40% у домаћем. Компаније у узорку су распоређене по делатностима на следећи начин: 38% компанија спада у прерађивачки сектор, 15% у финансијски, 10% у сектор малопродаје и продаје на велико, 20% је у сектору туризма, 10% су телекомуникације, ИТ сектор чини 7%. Резултати су анализирани у програму *SPSS*. По типу организације 75% компанија спада у друштва са ограниченом одговорношћу (д.о.о.), 15% затворена акционарска друштва и 10% отворена акционарска друштва. Анализом узорка и организационе структуре компанија, долази се до закључка да доминирају компаније са високом концентрацијом власништва у односу на компаније које имају

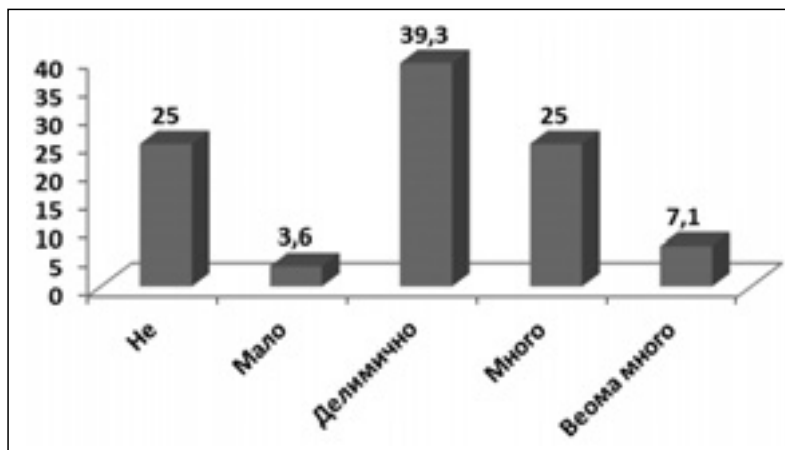
27 J. Graham, C. Harvey, „The Theory and Practice of Corporate Finance: Evidence from the Field“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 60, 2001, 187–243.

дисперзовану власничку структуру, што и јесте генерални тренд у предузећима у Србији. Стога, узорак је допуњен са 11 компанија које припадају BELEX корпи, које су уједно представљале контролну групу са којима су се поредили резултати одговора менаџера из иницијалног истраживања. Намера аутора је била да се направи компаративна анализа између компанија које су различите по правној форми и које имају различит ниво концентрације власништва, као и њиховог односа према политици дивиденди.

IV Резултати

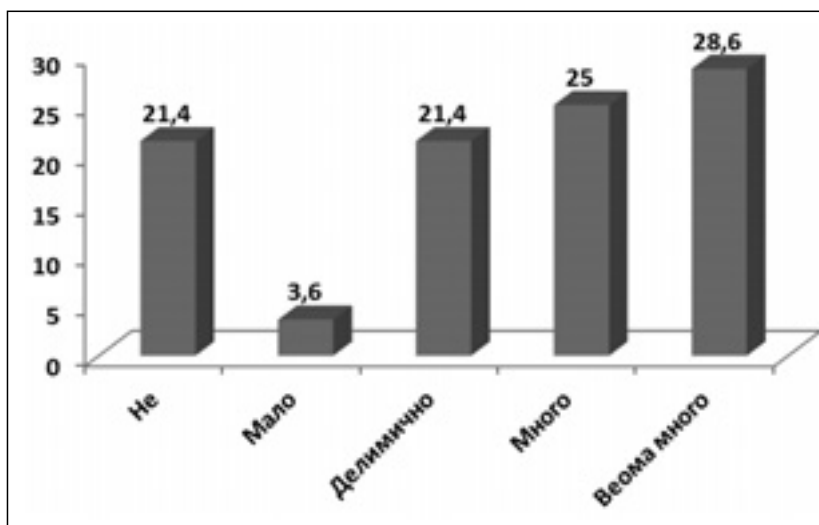
Након анализе коришћене литературе као и приказане методологије у овом делу рада доказују се постављене хипотезе. У наставку текста акценат је на првој хипотези, односно да политике дивиденди и најаве исплате дивиденди путем сигнализирања могу утицати на кретања цена акција предузећа. Као што је већ представљено у прегледу литературе, тржиште капитала у Србији које је неефикасно и плитко, не може потврдити финансијске концепте попут Милерове и Модиланијеве теореме о ирелевантности дивиденди. Међутим, у овом делу ће се испитивати концепт политике исплате дивиденди и вредност компанија, као и какве сигнале политика дивиденди шаље тржишту. Као што је већ наведено у прегледу литературе, постоје разна истраживања која говоре да политика дивиденди може повећати вредност фирме кроз смањење информационе асиметрије између власника и менаџера (теорија сигнализирања). Међутим, већи проценат компанија из узорка имају концентрисану власничку структуру, што имплицира да су власници или менаџери или врло добро упознати са стањем у фирми. Анализирајући сајтове компанија, као и у додатним интервјуима менаџера компанија, дошли смо до налаза да компаније немају јасно дефинисане политике дивиденди. Међутим, иако је доступност података о исплатама дивиденди мала или и не постоји, одговори менаџера о постојању везе између политике дивиденди и позитивних сигнала које компанија шаље тржишту указују на позитивну релацију. Постављена су два питања: „да ли мислите да исплата дивиденди утиче на цену акција?“ и „да ли мислите да исплата дивиденди шаље позитиван сигнал тржишту?“. Одговори су приказани на следећим графиконима:

Графикон 1.
Процент одговора директора (*CFO*) везано за постојање везе између политике дивиденди и кретања цена акција компаније



Извори: Резултати истраживања које су спровели аутори рада

Графикон 2.
Процент одговора директора (*CFO*) везано за постојање везе између исплате дивиденди и слања позитивних сигнала тржишту



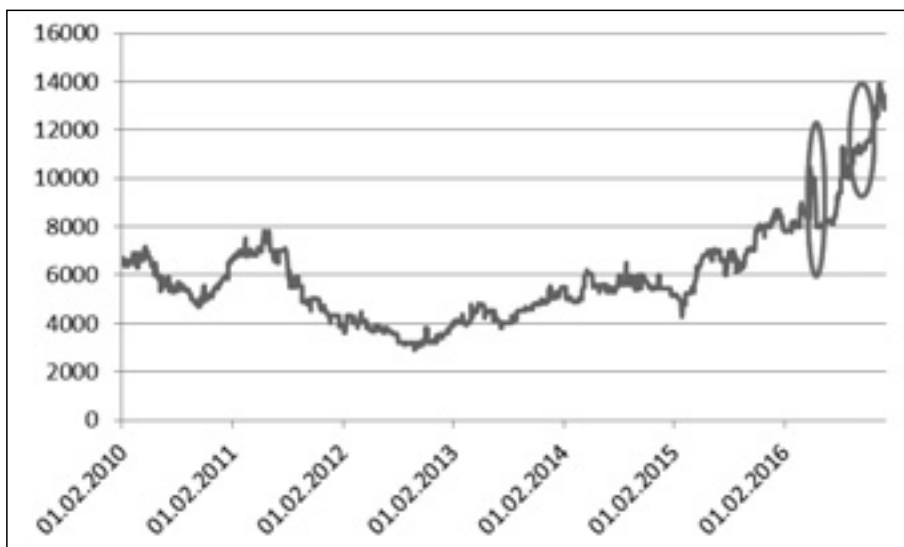
Извори: Резултати истраживања које су спровели аутори рада

Потребно је истаћи да је наша анализа превасходно била фокусирана на веровања менаџера везано за ефекат исплате дивиденди на перцепцију вредности фирме у очима власника. Такође, потребно је нагласити да је у српским фирмама које су д.о.о по свом правном облику и организационој структури, информациона асиметрија минимална, јер власник има одличан увид у пословање и сам може у сваком тренутку да отпусти менаџера. Стога, постоји већа вероватноћа присутности информационе асиметрије у фирмама које су листиране у односу на д.о.о компаније. Ако се ипак фокусирамо на одговоре менаџера у узорку (који углавном чине д.о.о.), они указују на другачије резултате у односу на ранија истраживања, односно да менаџери ипак имају позитиван став према исплати дивиденди и верују у пренос позитивних информација ка тржишту у случају исплата дивиденди. Иако је ниво информационе асиметрије низак у компанијама из узорка, резултати истраживања иду у прилог теорији сигнализирања, односно постоји генерално веровање да ако компанија исплаћује дивиденде, она шаље сигнал о стабилном пословању, уверавајући јавност о успешним пословним изгледима и већој вредности компаније.

Како су већина компанија из узорка д.о.о., углавном компаније које су повукле акције са берзе и прешле у нижу организациону структуру, као и затворена а.д., анализирани су и компаније које су отворена а.д. и део корпе BELEX 15, који представља водећи индекс Београдске берзе.

Приликом анализе позитивних сигнала које се преносе на тржиште, након објаве исплате дивиденде, у раду су узета два индикатора: мања волатилност у кретању цена акција у посматраном периоду од 2010. до 2017. године, као и раст цена акција. Анализа јавно доступних података компанија је започета са компанијом *Messer Tehnogas* а.д. Београд која током 2013., 2014. и 2015. године није исплаћивала дивиденде, односно реинвестирала је углавном у нове пројекте. Међутим, у јавно доступним документима о расподели, односно нерасподели добити као један од разлога наводи се и неизвесности у вези са будућношћу Железаре Смедерево, која уједно представља и највећег купца за компанију *Messer*. У септембру 2016. године се доноси одлука о исплати дивиденди, којој је претходило доношење Одлуке о расподели добити на СА (Скупштина акционара) у априлу 2016. године, након чега је уочен раст цена акција (према подацима са *Belexa* за један дан цена акција је скочила са 8.450 на 10.492). Поменуто може коинцидирати и са налазима Алонсо *et al.* (2005), који наглашавају да исплата дивиденди позитивно утиче на вредност фирме када инвестиционих прилика нема. Кретање цене акција је приказано на следећем графикону:

Графикон 3.
Кретање цене акција компаније *Messer Tehnogas* а.д. Београд:



Извор: Сајт Београдске берзе, <http://www.belex.rs/trgovanje/istorijski/TGAS>

Такође, анализом јавно доступних података компанија из корпе, дошли смо до сличног закључка као и Ли *et al.* (2006) који се односе на чињеницу да инвеститори преферирају исплату дивиденди или пак стабилну политику дивиденди и да фирме које излазе у сусрет таквим инвеститорима имају већу вредност акција на тржишту. Такође, такве фирме имају и мању осцилацију у цени акција, што је уједно узето као позитиван индикатор и у овом истраживању. Међутим, треба напоменути и чињеницу да и у компанији *Messer* је дошло до концентрације власништва (према подацима ЦРХОВ, већински власник, 82% је *Messer Group Gmbh*) што уједно умањује значај улоге сигнализирања политике дивиденди, јер је и мања информациона асиметрија.

Ако се вратимо опет на везу стабилне политике дивиденди и мање осцилације цене акције, пример такве компаније је Металац а.д. Горњи Милановац. Анализом Упитника о пракси корпоративног управљања издавалаца, који је доступан на сајту Београдске берзе, утврђено је да политика дивиденди представља саставни део Пословне политике и усваја се у октобру текуће године за наредну годину и објављује на Интернет страници друштва одмах по усвајању. Компанија континуирано исплаћује дивиденде већ 11 година, односно у периоду од 2006. до 2017. године. Приметно је да у периоду од 2010. до 2017. године цена акција

компаније не варира драстично, у односу на варирање цена других компанија из корпе, крећући се у континуираном дијапазону од 1.281 до 2.758 рсд. Ако се анализира власничка структура, према подацима са сајта компаније, већи проценат капитала је у власништву физичких лица: 58,36%.

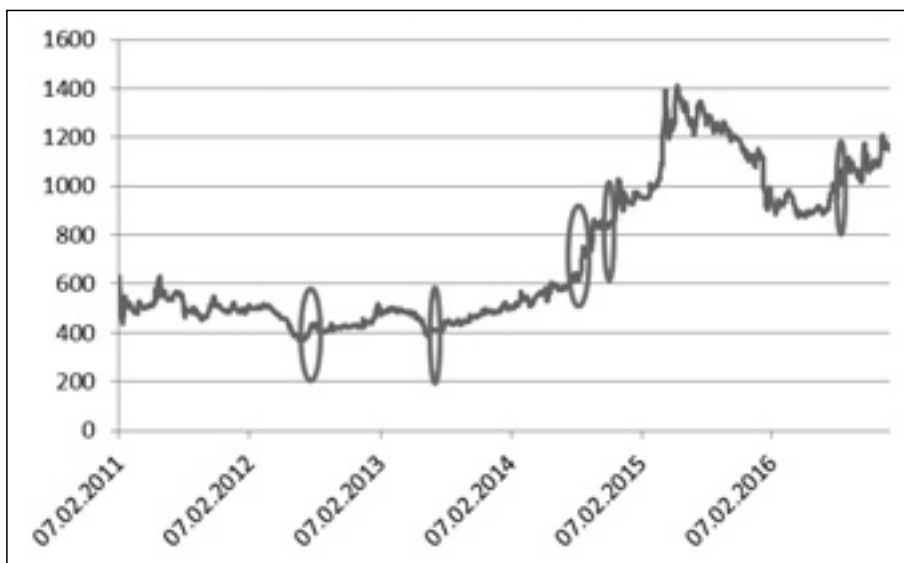
Такође, компанија Галеника Фитофармација, као и Металац у последњих десет година континуирано исплаћује дивиденде. Компанија има и документ Политика дивиденди, доступан на сајту Београдске берзе са јасно дефинисан циљевима и таргетима везаним за динамику исплате дивиденди. Као и код Металца, дијапазон кретања цена акција у последњих десет година варира од 2.000 до 4.000 рсд, што је математички гледано значајна промена, али у поређењу са варијабилношћу кретања цена других акција компанија, осцилација је минимална. Компанија има и усвојен Кодекс корпоративног управљања. Као и код компаније Металац, већинско власништво је у рукама физичких лица: 52,13%, према подацима са сајта Централног регистра хартија од вредности (ЦРХОВ).

Компанија Нис а.д. Нови Сад такође редовно исплаћује дивиденде од 2013. године. Има усвојен Кодекс корпоративног управљања, као и документ Политика дивиденди, где се наводи да је дугорочан таргет везан за исплату 15% нето добити у облику дивиденди сваке године. Такође, и код ове компаније је приметна мања осцилација цена акција у посматраном периоду, крећући се између 503 рсд и 1009 рсд. Такође, свака Одлука о расподели добити и исплати дивиденди је била пропраћена растом цена акција. У погледу власничке структуре доминирају два акционара: 56,15% Газпром Нефт и 29,87% Република Србија. Управо Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије ставља акценат на предузећа у којима је држава један од власника и истиче неопходност да такво предузеће треба да има усвојену политику дивиденди која би требало да буде јавна и примењивана.

Компанија Аеродром Никола Тесла а.д. Београд, где је држава већински власник (86,43% према подацима ЦРХОВ), такође је у периоду од 2012. до 2017. редовно исплаћивала дивиденде и међудивиденде. У Упитнику о пракси примене корпоративног управљања је наведено да су политика исплате дивиденде, процедура и рокови за њену исплату регулисани Законом о привредним друштвима и статутом компаније. Држава као већински власник добија и већу порцију колача, односно већи удео који се исплаћује из добити. Поменуто потврђује неке студије да компаније са већинским уделом државе су склоније редовнијој исплати дивиденди. Анализирајући графикон 4. на коме је приказано кретање цена акција у периоду од 2011. до 2016. године, може се јасно уочити да је Одлука о расподели добити и исплати дивиденди неретко била пропраћена растом цена акција:

Графикон 4.

Кретање цене акција компаније Аеродром Никола Тесла а.д. Београд:

Извор: Сајт Београдске берзе, <http://www.belex.rs/trgovanje/istorijski/AERO>

Генерално гледано, анализирајући корпу *BELEX 15*, резултати показују да се исплата дивиденди перципира као позитиван сигнал тржишту. Међутим, иако је објава дивиденди била пропраћена растом цена акција, прва хипотеза која говори да политике дивиденди и најаве исплате дивиденди могу утицати на кретања цена акција предузећа и шаљу позитиван сигнал тржишту се не може у потпуности прихватити. Разлог поменутом је, поред релативно неопредељеног става интервјуисаних менаџера, и сама структура власништва и у компанијама из узорка, као и у компанијама у корпи *BELEX 15*, где је присутан тренд концентрације власништва који служи као интерни механизам корпоративне контроле. У литератури се помиње значај политике дивиденди за смањење агенцијских трошкова. Међутим, политика исплата дивиденди у д.о.о. као и у а.д. са контролним акционаром (предузеће које је формално акционарско друштво али по својој економској суштини више личи на д.о.о.) не игра битну улогу у смањењу информационе асиметрије и агенцијских трошкова, јер суштински најчешће су ситуације да је власник уједно и менаџер, те да је он врло упућен у пословање и да или сам управља фирмом или потпуно контролише менаџера. Са друге стране, сама теорија сигнализирања има сврху да смањи информациону асиметрију између власника и менаџера, што је

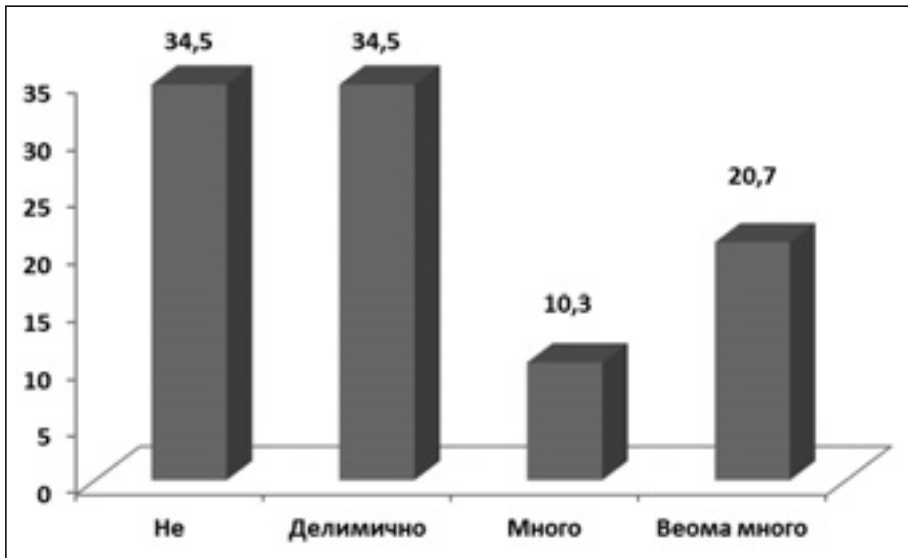
најделотворније код компанија са дисперзованом власничком структуром, где је реално присутна информациона асиметрија услед раздвајања власништва и контроле. Суштински, долази се до закључка да је управо специфичност листираних фирми у Србији, односно чињеница да су оне по својој економској суштини више сличне нелистираним српским фирмама него листираним фирмама на развијеном тржишту капитала препрека да се суштински тестира валидност теорије сингализирања. Стога, прва хипотеза рада није доказана већ је оповргнута, јер информациона асиметрија у условима концентрисане власничке структуре која постоји како у д.о.о. тако и на српском званичном тржишту капитала, не постоји у знатној мери и сигнал инвеститорима нема тако јаку улогу као у условима дисперзоване власничке структуре.

У наставку текста анализираће се друга хипотеза која је постављена у раду. Једно од питања у упитнику који је послат финансијским директорима је било везано и за постојање дугорочних таргета када је реч о делу добити који се исплаћује кроз дивиденде. Већи број испитаника је одговорио негативно указујући да не постоји јасно дефинисана политика исплате дивиденди, већ се одлука доноси *ad hoc* у зависности од пословних резултата и нивоа задржане добити.

Резултати су приказани на следећем графикању:

Графикон 5.

Процент одговора директора (CFO) везано за постојање дугорочних таргета када је реч о делу добити који се исплаћује кроз дивиденде



Извори: Резултати истраживања које су спровели аутори рада

Менаџмент компанија из узорка је одговорио на питање „да ли Ваша компанија има дугорочне таргете када је реч о делу добити који се исплаћује кроз дивиденде?“. Резултати указују да 70% испитаника нема или делимично има јасно постављене дугорочне таргете везано за исплату дивиденди и део добити који се користи за поменуто. Такође, менаџменту компанија је постављено и следеће питање: „да ли мислите да одлуке о новим инвестицијама имају мали утицај на могућу измену у политици исплата дивиденди?“. Одговори испитаника су показали да 53% менаџера мисли да инвестиционе одлуке утичу на политичке дивиденди, указујући поново на резидуалност политике дивиденди, потврђујући и истраживања попут Dhanani (2005). Такође, више од 40% испитаника је одговорило да се дивиденде исплаћују тек након финансирања неопходних пројеката из интерних извора, опет указујући на резидуални карактер исплата дивиденди и на доминантност инвестиционе политику у односу на политику дивиденди.

Закон о привредним друштвима дефинише исплату дивиденди у делу Однос друштва и акционара, Расподела добити, део који се односи на а.д. предузећа. Ако се даље анализирају компаније у оквиру корпе BELEX 15, резултати указују да су политика исплате дивиденди, њене процедуре као и рокови углавном дефинисани у статутима компанија, део „Расподела добити“. У статутима се јасно дефинише на шта се све добит може распоређивати након усвајања финансијских извештаја. Такође, наглашава се да се плаћање дивиденди акционарима компаније може одобрити одлуком о расподели добити усвојеној на редовној седници скупштине акционара, којом се одређује и износ дивиденде (одлука о исплати дивиденди). Такође, у статутима компанија се наводи да акционари имају и право на међудивиденде, у било које време између редовних седница скупштине у зависности од прихода компаније. На дивиденду имају право акционари на дан дивиденде, а на међудивиденду акционари на дан међудивиденде. Дан одржавања редовне скупштине акционара се обично сматра за дан дивиденде, а дивиденда припада акционарима који су на дан дивиденде били акционари компаније, према евиденцији из Централног регистра. Међутим, у већини докумената (статутима, упитнику о пракси корпоративног управљања издавалаца, одлуци о расподели добити, као и у одлуци о исплати дивиденди), нису наглашени дугорочни таргети о исплати дела добити, као ни о исплати дивиденди. Углавном већина компанија не даје информације о тачном проценту нето добити који ће се исплаћивати у будућности, већ се одлуке доносе *ad hoc*, у зависности од висине нето добити компаније, по динамици којом се не ремети ликвидност друштва. Суштински, велика сличност одредби о дивидендама у статутима анализираних компанија оставља утисак како фирме у Србији, често само преписују законске

одредбе и корпоративном управљању не приступају на прави начин – тј. различити аспекти корпоративног управљања се не дизајнирају према потребама фирме, већ се слепо преписује законско решење. Светао пример су компаније Нис а.д. Нови Сад и Галеника Фитофармација а.д. Београд, које имају усвојену политику дивиденди, а којом је регулисана дугорочна политика компаније у погледу исплате дивиденде акционарима, износа дивиденде у односу на остварену нето добит, фактора који утичу на исплату дивиденде и начина плаћања дивиденде (Политика дивиденди Нис а.д. 2012, доступна на <http://ir.nis.eu/sh/akcije-i-dividenda/dividende/>). Обе компаније имају усвојене Кодексе корпоративног управљања, који истичу важност и нужност транспарентног пословања компаније. Остале компаније из корпе или немају јасно дефинисану политику дивиденди, или, ако је имају, немају јасно прецизиране дугорочне таргете о исплати дивиденди, односно износ се утврђује у зависности од текућег пословања, не угрожавајући ликвидност компаније. Стога, анализа резултата упитника, као и докумената доступних на сајту Београдске берзе, потврђују другу хипотезу рада везану за чињеницу да компаније у Србији немају јасно дефинисане дугорочне таргете који се односе на део добити који се исплаћује кроз дивиденде.

И на крају испитаћемо хипотезу да су компаније из корпе BELEX 15 успешније у примени добрих правила корпоративног управљања које се односе на политику дивиденди у односу на компаније ван корпе. Превасходно, компаније које су листиране на Београдској берзи су у законској обавези за транспарентнијим извештавањем у односу на компаније које нису (Закон о тржишту капитала, посебно онај део везан за укључивање хартија од вредности на регулисано тржиште, Правилник о листингу Београдске берзе, са акцентом на делу о условима које компанија мора да испуни да би се прикључила на рецимо *prime* или *standard* листинг – висина капитала, ревизија, сајт на енглеском и српском језику итд.). Суштински, компаније из корпе се разликују од осталих компанија које су листиране на берзи и намећу виша очекивања свих релевантних стејкхолдера везано за више стандарде корпоративног управљања.

Генерално гледано, резултати нашег упитника су показали да 64% менаџера у компанијама из узорка имају у виду очекивања акционара за исплату дивиденди, међутим, доступност података о самој исплати је минимална. Само истраживање је указало да је политика дивиденди често последица одлука о инвестирању и финансирању фирме, односно да се дивиденде исплаћују тек након финансирања пројеката из постојећих интерних извора (40% менаџера у упитнику је одговорило потврдно на ово питање). Анализирајући документе објављени на сајту Агенције за привредне регистре, као и на сајту компанија из узорка,

нигде нема конкретан податак о исплатама као и одлука о исплати дивиденди. Анализирајући компаније из корпе BELEX 15, поред статута компанија где се говори о исплати дивиденди, доступни су и документи попут усвојених кодекса о корпоративном управљању компанија (само две компаније), упитник о пракси корпоративног управљања издаваоца (већи број компанија из корпе), одлука са СА о расподели добити и исплате дивиденди, званични документи политика дивиденди, годишњи извештаји о пословању, где се неретко наилази на податак о хронологији исплате дивиденди и њеној висини. Резултати су показали да постоји нека врста процепа између законских решења и њихове стварне примене. Менаџери су свесни очекивања акционара, али и даље сматрају политику исплате дивиденди резидуалном. Компаније из корпе BELEX 15, представљају са становишта корпоративног управљања квалитативан помак у односу на остатак компанија из иницијалног упитника. Основни разлог за то лежи у чињеници да су оне под регулаторним притиском, али и под притиском очију јавности и свих релевантних стејкхолдера – ово се посебно односи на оне компаније где је и држава власник. Иако код ових компанија постоје релевантна документа о исплати дивиденди, анализа садржаја тих докумената ипак указује на резидуалност ове политике у односу на инвестиционе и финансијске одлуке. Менаџери из узорка, а и они из корпе, су показали свест о важности исплате дивиденди као сигнала инвеститорима о успешном пословању, али конкретних података доступних јавности који би потврдили да се та свест преточила у политику и понашање њихових компанија нема. Подаци компанија из корпе BELEX 15 постоје и јавно су доступни, али и у овим компанијама је приметна концентрација власништва, и стога, умањена важност политика дивиденди као инструмента сигнализирања о пословању компаније. И у иницијалном, као и у контролном узорку се намеће резидуалност, као и недостатак дугорочних таргета када је у питању исплата дивиденди. Стога, одбацујемо трећу хипотезу која се односи на чињеницу да су компаније из корпе BELEX 15 успешније у примени добрих правила корпоративног управљања које се односе на политику дивиденди у односу на компаније ван корпе.

V Закључак

Резултати спроведеног истраживања су показали да: (1) теорија сигнализирања везана за политику дивиденди није валидна за компаније у Србији, имајући у виду концентрисано власништво у компанијама које умањује информациону асиметрију и самим тиме смањује значај политике исплате дивиденди у контексту слања позитивног сигнала

инвеститорима, што одбацује хипотезу 1 (H1). (2) Генерално гледано, компаније у Србији немају јасно дефинисане дугорочне таргете који се односе на део добити који се исплаћује кроз дивиденде, закључак који потврђује другу хипотезу (H2) у раду. (3) Компаније из корпе BELEX 15 нису успешније у примени добрих правила корпоративног управљања које се односе на политику дивиденди у односу на компаније ван корпе, што уједно одбацује H3, тј. постављену хипотезу 3.

Истраживање спроведено на бази узорка од 41 компаније (30 компанија из упитника плус 11 компанија у оквиру BELEX корпе) је указало да генерално постоји свест менаџмента о значају политике дивиденди, али у контексту велике концентрације власништва, значај политике дивиденди у смислу сигнализирања инвеститорима је умањена у самом контексту мање информационе асиметрије. У компанијама у Србији, због укрупњавања власништва и тенденције да се у власничкој структури појављује мали број власника, који су добро упознати са стањем у фирми, политика исплате дивиденди добија резидуални карактер у односу на инвестиционе и финансијске одлуке. Предузећа која нису листирана на берзи имају мању транспарентност у објављивању података у односу на компаније које су у оквиру BELEX корпе, међутим основни разлог поменутом је законска регулатива која условљава предузећа котирана на берзи, поготово компаније у оквиру корпе BELEX 15. Стога, аутори овог рада су одбацили хипотезу везану да су компаније у оквиру корпе успешније у примени правила корпоративног управљања која се односе на политику дивиденди из разлога што су и менаџери компанија из иницијалног узорка показали позитиван став и сличан ниво разумевања значаја дивиденди и њиховог слања порука о успешности предузећа свим релевантним стејкхолдерима. Даље, недостатак података о конкретним исплатама указује на чињеницу да се та свест у ограниченој мери рефлектује на дивиденде. Компаније из BELEX корпе исплаћују дивиденде, међутим, истраживање је показало да постоји значајна инфериорност политике дивиденди и у овим компанијама у односу на инвестиционе и финансијске одлуке.

Katarina ĐULIĆ, PhD

Associate Professor, Fefa, Metropolitan University, Belgrade

Ana VJETROV

Junior Faculty Member, Fefa, Metropolitan University, Belgrade

THE ANALYSIS OF DIVIDEND POLICY ON A SAMPLE COMPRISING OF SERBIAN COMPANIES

Summary

In theory of finance, it is recognized that the value of the company depends, on the optimization of the three basic company policies: (1) investment policy, (2) financing policy and (3) dividend policy. The results of the survey, which was conducted on a sample comprising of 41 Serbian companies showed: the signaling theory related to dividend policy is not applicable to companies in Serbia, due to common concentrated ownership in Serbian companies that reduces information asymmetry, and thus reduces the importance of dividend policy in the context of sending a positive signal to investors. Also, companies in Serbia do not have clearly defined long-term targets regarding the profit that is paid through dividends. Lastly, companies from the BELEX 15 basket are not better in applying good corporate governance principles that relate to dividend policy in comparison to the companies that are not listed.

Key words: *dividend policy, BELEX 15, information asymmetry, concentration of ownership.*

др Ивана РАКИЋ, научни сарадник
Комисија за заштиту конкуренције, Београд*

ОЦЕНА ЗАЈЕДНИЧКИХ УЛАГАЊА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ НАКОН ОДЛУКЕ СУДА ПРАВДЕ У ПРЕДМЕТУ *AUSTRIA ASPHALT*

Резиме

Аутор анализира улогу тумачења Уредбе ЕУ о контроли концентрација од стране Суда правде ЕУ у предмету *Austria Asphalt*. Суд је прецизирао услове под којима се оцењују заједничка улагања која испуњавају *full-function* критеријуме у складу са правилима ЕУ о контроли концентрација и одлучио да промена из појединачне у заједничку контролу над постојећим учесником на тржишћу представља концентрацију само ако се заједничким улагањем ствара учесник на тржишћу који има функције независног учесника на тржишћу.

Кључне речи: заједничко улагање, *full-function* критеријуми, контрола концентрација, право конкуренције, Суд правде, ЕУ.

I Појам заједничког улагања

У праву конкуренције ЕУ не постоји изричита дефиниција заједничког улагања (*joint venture*), иако је у прописима који су важили пре „модернизације“ права конкуренције ЕУ такво објашњење било дато.

* Аутор је спољни сарадник Института за упоредно право у Београду. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

Према правилима о заштити конкуренције, сматрало се да је резултат заједничког улагања (заједничког подухвата) учесник на тржишту (енгл. *undertaking*) који је под заједничком контролом два или више учесника на тржишту, и да у пракси заједничка улагања обухватају широк опсег деловања, од оних сличних концентрацијама до сарадње у посебним активностима, као што су истраживање и развој, производња или дистрибуција.¹

У академским радовима, заједничко улагање се дефинише као уговорно повезивање два или више учесника на тржишту у циљу остваривања одређеног заједничког пословног подухвата, тако што уговорне стране заједнички улажу средства у пословни подухват, деле ризик и добит, и заједнички доносе одлуке док подухват траје.² Удруживањем својих одређених потенцијала, учесници на тржишту се на овај начин повезују по сличним принципима као и физичка лица, и остају при томе самостални правни субјекти, а удружују се само због пословног подухвата у којем имају заједнички циљ и интерес (нпр. због заједничке производње, дистрибуције, пружања услуга, истраживања и развоја).³ Могу се отуда издвојити следећи конститутивни елементи заједничког улагања: заједнички циљ, заједничка контрола над спровођењем капиталне трансакције и одређена сталност у погледу трајања капиталне трансакције.⁴

Након усвајања Уредбе ЕУ о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године,⁵ и Обавештења Европске комисије о надлежностима према Уредби о контроли концентрација, из 2008.

1 Commission Notice on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 385/1994, Art. 3; Commission Notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66/1998, Art. 3.

2 Вид. и Златко Стефановић, „Посао уз заједнички ризик – Joint Venture“, *Правни животи*, бр. 11/1998, 515–516; Mladen Cerovac, *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*, 2010, <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 10. август 2017, 198.

3 Стефановић, 524; Mirta Kapural, „Razgraničenje zajedničkog pothvata (engl. *Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU“, http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mirta_kapural/3_mk.pdf, 31. октобар 2017, 3.

4 Сања Граић Степановић, „Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик“, *Право и привреда* 5–8/2007, 454. Слично и Matthew Bennett *et al.*, „Horizontal Cooperation Agreements“, у: J. Faull, A. Nikpay, *Mergers*, Oxford University Press, 2014, 890; Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2014, 733.

5 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L. 24/2004.

године,⁶ општеприхваћено је да се концепција заједничког улагања у пракси ЕУ изједначава са стицањем, односно постојањем заједничке контроле над другим учесником на тржишту и да заједничким улагањем увек настаје учесник на тржишту над којим се врши заједничка контрола.⁷

Разликују се, међутим, начини стицања овакве заједничке контроле: оснивање новог учесника на тржишту које ће бити под заједничком контролом његових оснивача; стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је контролу вршио трећи учесник на тржишту; и стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању. Дакле, заједничко улагање може настати оснивањем новог учесника на тржишту или стицањем заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту (који је био под појединачном контролом трећег учесника или једног од учесника у заједничком улагању).

Примена правила о заштити конкуренције на заједничка улагања зависи од квалификације понашања учесника на тржишту у конкретном случају, па се на појединачно понашање могу применити правила о рестриктивним споразумима и/или о контроли концентрација, или се правила о заштити конкуренције уопште не могу применити. Процена таквог понашања се врши у сваком конкретном случају (*case by case*), јер заједничко улагање, по својој природи, укључује сарадњу стварних или потенцијалних конкурената којом би се могла нарушити конкуренција на тржишту.

II Оцена испуњености *full-function* критеријума

Узимајући у обзир различите облике сарадње учесника на тржишту који настају као резултат заједничког улагања, концентрацијама се означавају она заједничка улагања када два или више учесника на тржишту стварају новог учесника на тржишту и преузимају заједничку контролу над њим, преносећи на заједничког контролисаног учесника обављање исте врсте делатности коју су они до тада самостално обављали. Отуда концентрацију представља само оно заједничко улагање два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*).

6 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *OJ C.* 95/2008.

7 Вид. т. 62, 63, 76. и 79. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

Постојање концентрације се отуда утврђује на основу критеријума обављања свих функција самосталног учесника на тржишту (енгл. *full-function*), на основу којег се врши и разликовање заједничког улагања које представља концентрацију од рестриктивних споразума. Ово разликовање је неопходно, јер учесници у заједничком пословном подухвату некада не преносе обављање делатности на заједничког учесника, него задржавају своје функције како би наставили да самостално обављају делатност, када заједничко улагање има за циљ координацију њихових тржишних активности, па тиме и елиминисање међусобне конкуренције на неком плану. Заједничко улагање се и тада сматра концентрацијом, али се оцењује и у складу са прописима о рестриктивним споразумима.⁸

Ако заједнички учесник преузима послове контролних учесника и све функције самосталног учесника на тржишту у одређеној делатности, а контролни учесници престају да обављају ту делатност, онда се сматра да је заједнички учесник способан да самостално функционише на тржишту, односно да је потпуно функционалан учесник на тржишту. Његова функционалност и економска самосталност не значи да он има самосталност у погледу усвајања стратешких одлука, јер се у супротном не би могло сматрати да је над њим стечена заједничка контрола. Због тога се сматра да заједнички учесник испуњава услов функционалности ако је самосталан у оперативном смислу.⁹

Међутим, у пракси се поставља питање да ли у свим случајевима који се односе на различите облике заједничког улагања учесника на тржишту треба применити *full-function* критеријуме како би заједничко улагање било предмет контроле у складу са правилима о контроли концентрација или је такву контролу могуће вршити применом других правила. Пракса Европске комисије указује на то да се *full-function* критеријуми не примењују у свим наведеним случајевима, као и да се не примењују једнако у сличним ситуацијама.¹⁰ Њихова примена зависи од начина реализовања заједничког улагања, па се тако увек примењују

8 Вид. чл. 2(4) Уредбе ЕУ о контроли концентрација. Више о пракси Европске комисије и о критеријумима који су се примењивали пре Уредбе о концентрацијама и пре Обавештења Европске комисије о надлежностима вид. F. L. Fine, „The ‘Cooperative’/‘Concentrative’ Dilemma of EC Merger Control: A Review of Commission Policy“, *Boston College International and Comparative Law Review* 1/1994, 1–31; H.-P. Götting, W. Nikowitz, „EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures“, *Fordham International Law Journal* 2/1989, 185–204.

9 Вид. т. 93. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случај T-282/02 *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)* [2006] ECR II-319, т. 62.

10 Вид. Ивана Ракић, „Заједничко улагање као предмет контроле у праву конкуренције: примена *full-function* критеријума“, у: Саша Кнежевић, Маја Настић, *Глобализација*

у случају оснивања новог учесника на тржишту, а не примењују се у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту који је био под појединачном контролом трећег учесника. У осталим случајевима, критеријуми се не примењују увек, а није јасно од чега зависи њихова примена у конкретном случају. Таква пракса се није значајно променила ни након усвајања Уредбе о концентрацијама из 2004. године, као ни након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године.¹¹

Доследна примена *full-function* критеријума је најјаснија у случајевима „стварања“ заједничког улагања, оснивањем потпуно новог учесника на тржишту (нпр. у форми новог привредног друштва), с обзиром на то да је Обавештење Европске комисије о надлежностима овај случај детаљно предвидело. „Стварање“ (*creation*) заједничког улагања се по правилу знатно уже тумачи и схвата се као оснивање новог учесника на тржишту. Овакво тумачење произлази и из Уредбе о концентрацијама, која прави разлику између заједничког улагања путем оснивања новог учесника на тржишту, с једне стране, и стицања заједничке контроле над другим учесником, с друге стране. Уколико се утврди да се ради о „заједничком улагању два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*),¹² Европска комисија такву трансакцију оцењује у складу са правилима о контроли концентрација. Уколико се приликом оцене утврди да није испуњен неки од *full-function* критеријума, трансакција не представља концентрацију и не подлеже контроли.

Пракса Европске комисије је доследна и јасна и у случајевима када се заједничка контрола стиче над постојећим учесником, и то тако што се она преузима од трећег лица које већ контролише тог учесника, као његов власник. Под таквим условима, овакво заједничко улагање се увек сматра концентрацијом, с обзиром на то да се оно тада цени према правилима о стицању заједничке контроле, независно од тога да ли постојећи учесник има све функције независног учесника на тржишту.¹³

и њраво, Зборник сажетакa са међународне конференције, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017, 216–217 (предстоји објављивање рада).

11 Више Lars-Peter Rudolf, Bettina Leupold, „Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5/2012, 439–451; Zlatan Balta, *Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation*, Lund: Faculty of Law – Lund University, Master thesis, 2012.

12 Вид. чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

13 Вид. т. 91. Обавештења Европске комисије о надлежностима („[...] трансакција која укључује неколико учесника на тржишту који преузимају заједничку контролу

То значи да се *full-function* критеријуми не примењују приликом стицања заједничке контроле над трећим учесником на тржишту, што је изричито прописано Обавештењем Европске комисије о надлежностима из 2008. године. Према тим одредбама, заједничко улагање које се реализује стицањем заједничке контроле над трећим учесником на тржишту сматра се концентрацијом, без оцене испуњености *full-function* критеријума, чак и ако циљно друштво након концентрације неће испуњавати *full-function* критеријуме. То значи да се критеријуми не примењују, јер трансакција представља концентрацију и када критеријуми нису испуњени.¹⁴

Највише недоумица и несигурности у примени *full-function* критеријума постоји у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању, када се дотадашња појединачна контрола једног од учесника у заједничком улагању мења у заједничку контролу свих улагача. У тим случајевима се поставља питање да ли се заједничко улагање тада посматра као стицање заједничке контроле (промена облика контроле) или као „стварање“ новог учесника, од чега и зависи да ли ће се примењивати *full-function* критеријуми (укључујући могућност да се тада утврди да трансакција није концентрација) или се ради о концентрацији која подлеже контроли, без обзира на примену критеријума.

Пракса показује да је Европска комисија и у оваквим случајевима недоследна и да не примењује јединствена правила, односно да некада примењује *full-function* критеријуме, а некада правила о стицању заједничке контроле или промени облика контроле из појединачне у заједничку контролу.¹⁵ Европска комисија је неуједначено поступала и пре доношења Уредбе о концентрацијама из 2004. године, а таква пракса је настављена и након усвајања ове уредбе, чак и након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године. Дакле, нови прописи нису нудили јасне критеријуме за поступање Европске комисије, тако да се није могло објаснити зашто у неким случајевима она примењује *full-function* критеријуме, а у неким не, односно зашто се поступање Европске комисије разликовало у истим случајевима.¹⁶ Једино се уочавала тенденција да је све више било одлука

над другим учесником на тржишту или над деловима другог учесника на тржишту, [...], од трећих лица, представља концентрацију у смислу члана 3(1) [Уредбе о концентрацијама], без потребе да се разматрају *full-function* критеријуми“).

14 Вид. Balta, 33–34; Claes Bengtsson, Josep Maria Carpi Badia, Massimiliano Kadar, „Mergers“, у J. Faull, A. Nikpay, *Mergers*, Oxford University Press, 2014, 569.

15 Вид. Ракић (2017), 216–217.

16 У литератури је изнето једно могуће објашњење поступања Европске комисије, према којем њено одлучивање и примена *full-function* критеријуми зависе од

о концентрацијама у којима се не примењују *full-function* критеријуми, а тек неколико у којима су критеријуми били примењени, нарочито од 2011. и 2012. године.¹⁷ У том погледу се и недоследност у поступању Европске комисије смањила, па би се могло рећи да је преовлађујућа пракса била да се у случају заједничког улагања које настаје променом контроле из појединачне у заједничку контролу не примењују *full-function* критеријуми и да се таква трансакција увек сматрала концентрацијом.

Након поступања Суда правде ЕУ у предмету *Austria Asphalt*,¹⁸ услови за примену чланова 3(1)(b) и 3(4) Уредбе ЕУ о контроли концентрација, као и за оцену испуњености *full-function* критеријума су разјашњени, у складу са тумачењем датим у пресуди Суда и у складу са тачком 3 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Према Обавештењу Европске комисије о надлежностима, тумачење члана 3. Уредбе ЕУ о концентрацијама дато у том обавештењу не прејудуира тумачење које могу дати судови ЕУ, што значи да је тумачење Суда правде постало обавезујуће. Тумачење од стране Суда се разликује од преовлађујуће праксе Европске комисије, тако да пресуда у случају *Austria Asphalt* има велики значај за примену правила о контроли концентрација ЕУ и за даље поступање Европске комисије, као и националних тела за заштиту конкуренције и судова у земљама чланицама.

III Одлука Суда правде у предмету *Austria Asphalt*

Поступак у предмету *Austria Asphalt* покренут је на захтев Врховног суда Аустрије (*Oberster Gerichtshof*), ради доношења прелиминарне одлуке (одлуке о претходном питању), у вези са тумачењем члана 3 Уредбе ЕУ о контроли концентрација.¹⁹ Давање мишљења Суда прав-

овлашћених службених лица која решавају конкретан предмет и од њиховог разумевања предвиђених критеријума (Balta, 54; Rudolf, Leupold, 442).

17 Вид. Balta, 40.

18 Случај *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt*, бр. С-248/16, одлука Суда од 7. септембра 2017. године.

19 Поступак доношења одлуке о претходном питању (прелиминарна одлука) од изузетног је значаја за развој права ЕУ, јер има за циљ да унапреди сарадњу између националних судова и Суда правде и да обезбеди једнообразну примену права ЕУ у земљама чланицама. Суд правде је надлежан да доноси одлуке о претходним питањима у вези са тумачењем оснивачких уговора, ваљаношћу и тумачењем акта које су донели органи ЕУ. Када се проблем тумачења права ЕУ или ваљаности неког акта ЕУ постави пред неким националним судом, тај суд може, ако сматра да је одлука о томе потребна за доношење његове пресуде, да затражи од Суда правде да одлучи како треба тумачити конкретан текст или акт. Ако се такво питање постави у поступку пред националним судом чије одлуке не подлежу правном леку према националном праву, за овај суд постоји обавеза да се обрати Суду

де се односило на решавање претходног питања у спору који се пред Врховним судом Аустрије водио између привредног друштва „Austria Asphalt GmbH & Co“ OG и аустријског Савезног тужиоца надлежног за заштиту конкуренције (*Bundeskartellanwalt*).

Спор је био у вези са трансакцијом која се реализовала куповином 50% удела у друштву које се бавило производњом и продајом асфалта који се користи за изградњу путева, од стране друштва „Austria Asphalt“, које је имало намеру да купи уделе од дотадашњег јединог власника циљног друштва – компаније „Teerag-Asdag“. Циљно друштво је заправо било власник фабрике у оквиру које се налазило постројење за производњу асфалта и која је продавала готово све производе само свом матичном друштву. Након трансакције, било је предвиђено да циљно друштво нема функције независног учесника на тржишту (*non-full-function joint venture*) и да настави да снабдева само своја матична друштва. Дакле, након реализације заједничког улагања, променила би се контрола над циљним друштвом – из појединачне контроле (коју је вршило друштво „Teerag-Asdag“) у заједничку контролу (коју би вршила друштва „Austria Asphalt“ и „Teerag-Asdag“).

Трансакција је била пријављена аустријском телу надлежном за заштиту конкуренције, а током испитивања концентрације је утврђено да је потребно спровести испитни поступак, односно другу фазу испитивања, пред аустријским Картелним судом (*Kartellgericht*). Картелни суд је међутим сматрао да трансакција представља концентрацију са европском (комунитарном) димензијом и да треба да буде пријављена Европској комисији, због чега се друштво „Austria Asphalt“ жалило Врховном суду Аустрије, сматрајући да трансакција не треба да буде пријављена Европској комисији. Врховни суд се затим обратио Суду правде ЕУ, захтевајући мишљење од овог суда и одговор на питање да ли према правилима ЕУ настаје концентрација у случају промене облика контроле из појединачне у заједничку контролу над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању и који задржава контролни удео у постојећем учеснику, али само под условом да циљно друштво након стицања заједничке контроле (учесник који настаје заједничким улагањем) испуњава *full-function* критеријуме.

правде и затражи његово претходно мишљење. Прелиминарне одлуке Суда правде су обавезујуће за националне судове и представљају основу за примену права ЕУ од стране националног суда у конкретном предмету, али се овим одлукама не прејудира решење спора који спада у надлежност националног суда. Вид. Ивана Ракић, „Европски суд правде“, *Сирани љавни живои*, 1–2/2007, 251–252; Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд љравде*, Београд, Институт за упоредно право, 2006, 62 и даље.

Суд правде ЕУ је указао на то да у пракси, одлукама Европске комисије, као и у Обавештењу Европске комисије о надлежности-ма, није прецизно утврђено значење израза „стварање заједничког улагања“ (*creation of joint venture*) ни тумачење члана 3 Уредбе ЕУ о концентрацијама, а да се истовремено, према члану 3 Уредбе ЕУ о концентрацијама, не може утврдити да ли настаје концентрација у случају промене из појединачне у заједничку контролу над учесником на тржишту који нема све функције независног учесника на тржишту. Суд је нагласио и да оваква дилема постоји и у академској заједници.²⁰

Суд сматра да, с једне стране, ова трансакција значи промену контроле над циљним друштвом, што би било у складу са чланом 3(1)(b) Уредбе ЕУ о концентрацијама, који говори о стицању заједничке контроле над другим учесником на тржишту, а да се, с друге стране, може говорити о „стварању заједничког улагања“, што би било у складу са чланом 3(4) Уредбе, па би нови учесник (циљно друштво) морао имати све функције независног учесника на тржишту, односно испунити *full-function* критеријуме.²¹ Даље, утврђује се да након овакве трансакције настаје учесник на тржишту који, при томе, неће испуњавати *full-function* критеријуме, јер су учесници у трансакцији потврдили да ће циљно друштво снабдевати само своје осниваче.²²

Приликом оцене постојања концентрације, Суд правде је имао у виду је смисао Уредбе ЕУ о концентрацијама да се контролом обухвате трансакције које доводе до трајних промена контроле над учесницима на тржишту и последично до промене у структури тржишта. Због тога предмет контроле могу бити само она заједничка улагања чији је резултат учесник на тржишту који има функције независног учесника на тржишту, тј. који испуњава *full-function* критеријуме.

У том смислу, Суд наводи да Уредба ЕУ о концентрацијама не прави, и да не треба прави, разлику између стицања заједничке контроле над новим друштвом које се оснива након заједничког улагања и над постојећим учесником на тржишту који је био под контролом једног од заједничких улагача. Суд сматра да је изједначавање ових трансакција оправдано, јер треба водити рачуна о томе да утицај заједничког улагања на структуру тржишта зависи заправо од појављивања на тржишту учесника који је резултат заједничког улагања, односно од његове изложености тржишту, па је и неопходно у сваком конкретном случају вршити оцену да ли тај учесник има функције независног учес-

20 Вид. т. 13. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године, случај *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt*, бр. C-248/16.

21 Вид. т. 19. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

22 Вид. т. 9. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

ника на тржишту. Овакво тумачење, према мишљењу Суда, у складу је и са чланом 3(1)(b) Уредбе ЕУ о концентрацијама, који наглашава промену контроле над другим учесником на тржишту, а не стварање новог учесника на тржишту. Према мишљењу Суда, другачије тумачење би условило неоправдано неједнако поступање Европске комисије према учесницима на тржишту који се оснивају као резултат заједничког улагања (што би било концентрација само ако нови учесник задовољава *full-function* критеријуме) и према учесницима на тржишту који су постојали пре заједничког улагања (који би били предмет контроле без обзира на то да ли тај учесник задовољава *full-function* критеријуме). Зато би „стварање заједничког улагања“ (о којем говори члан 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама) требало да обухвати и трансакције које доводе до стицања заједничке контроле над учесником на тржишту од стране најмање два друга учесника на тржишту, без обзира на то да ли је тај учесник, над којим се стиче заједничка контрола, постојао пре заједничког улагања.²³

Суд на крају закључује да се члан 3. Уредбе ЕУ о концентрацијама мора тумачити тако да концентрација настаје и променом облика контроле над постојећим учесником на тржишту, из претходне појединачне у заједничку контролу, али само под условом да учесник који настаје као резултат заједничког улагања има функције независног учесника на тржишту, тј. да испуњава *full-function* критеријуме.²⁴ У конкретном случају, Суд је одлучио да предметна трансакција није концентрација, с обзиром на то да циљно друштво нема одлике независног учесника на тржишту, и да не треба да се пријављује Европској комисији.

На овај начин, Суд је поступио у складу са (необавезујућим) мишљењем општег правозаступника (правобраниоца) Суда правде (*Advocate General*), који је такође сматрао да контроли концентрација према правилима ЕУ не треба да подлежу заједничка улагања након којих настаје учесник на тржишту који не испуњава *full-function* критеријуме, без обзира на то да ли се ради о новом или постојећем учеснику на тржишту. Општи правозаступник није уважио став Европске комисије, изражен током поступка пред Судом правде, да промена облика контроле из појединачне у заједничку над постојећим учесником на тржишту подлеже примени прописа ЕУ о контроли концентрација, чак и када учесник над којим се стиче заједничка контрола нема функције независног учесника на тржишту.²⁵ Европска комисија је истакла и да се применом

23 Вид. т. 21–29. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

24 Вид. т. 35. пресуде Суда од 7. септембра 2017. године.

25 Вид. Opinion of Advocate General Kokott, 27 April 2017, ECLI:EU:C:2017:322, Case C-248/16 *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellanwalt*, т. 48.

full-function критеријума ствара правна празнина у примени правила о контроли концентрација, са чиме се општи правозаступник такође није сложио, сматрајући да се управо применом *full-function* критеријума води рачуна о трансакцијама које утичу на промену тржишне структуре.²⁶

У мишљењу општег правозаступника је наглашено и да је Европска комисија била недоследна у овом предмету, с обзиром на то да је пред Судом дала другачији одговор од оног који је првобитно упућен учесницима у концентрацији. Пре подношења пријаве аустријском телу за заштиту конкуренције, Европска комисија је учеснике у концентрацији обавестила писаним путем (у виду *comfort letter*) да, према тумачењу члана 3. Уредбе о концентрацијама, описана трансакција није концентрација, уз изричиту изјаву Директората за конкуренцију да дато обавештење није обвезујуће за Европску комисију, као институцију ЕУ, већ само изражава мишљење стручне службе.²⁷

IV Значај пресуде у предмету *Austria Asphalt*

Одлука Суда правде ЕУ у предмету *Austria Asphalt* има изузетан значај и може се сврстати у одлуке од историјског значаја (*landmark decision*), јер се ради о пресуди којом је први пут од доношења Уредбе о концентрацијама из 1989. године разматран проблем заједничких улагања која представљају концентрацију, нарочито питање промене контроле над постојећим учесником на тржишту. С обзиром на то да Обавештење Европске комисије о надлежностима нема снагу општег правног акта који би обавезивао Европску комисију и друге институције ЕУ, већ само одражава праксу Европске комисије у поступцима контроле концентрација, ова одлука има велику улогу у увећању правне сигурности за учеснике на тржишту. Учесницима на тржишту се истовремено олакшава међусобно повезивање на тржишту, с обзиром на то да велики број трансакција више неће морати да пријављују Европској комисији, под условом да резултат њиховог повезивања није учесник који испуњава *full-function* критеријуме.

Дуго очекивано разјашњење у примени прописа о заједничким улагањима ће бити значајно и за Европску комисију, имајући у виду њено неуједначено поступање у оваквим случајевима и њено понашање у самом поступку пред Судом правде, и с обзиром на значај заједничких улагања за јединствено тржиште ЕУ. На тај начин ће се избећи ситуације у којима би одлучивање и примена *full-function* критеријуми зависили

26 Вид. Opinion of Advocate General Kokott, т. 32–33, 46–47.

27 Вид. Opinion of Advocate General Kokott, т. 14, 21–23.

од овлашћених службених лица која решавају конкретан предмет и од њиховог разумевања предвиђених критеријума, пошто је сада јасно да контроли подлежу само она заједничка улагања након којих се стиче заједничка контрола над учесником на тржишту који има функције независног учесника на тржишту, без обзира на то да ли се ради о новом учеснику на тржишту или постојећем учеснику над којим је промењен облик контроле, из појединачне у заједничку контролу. Контроли отуда не подлежу она улагања чији је резултат учесник на тржишту над којим се стиче заједничка контрола, који не испуњава *full-function* критеријуме, тј. нема све функције независног учесника на тржишту.

Све наведене користи се преносе и на национални ниво, односно на ниво земаља чланица (укључујући земље кандидате за чланство у ЕУ), како за учеснике на националним тржиштима, тако и за национална тела за заштиту конкуренције и националне судове који су сада обавезни да поступају у складу са пресудом Суда правде. На тај начин се са сигурношћу може разграничити надлежност националних тела и Европске комисије у оваквим случајевима, посебно ако се има у виду да се ради о бројним, релативно младим, телима за заштиту конкуренције која немају довољно развијену праксу у поступцима заштите конкуренције.

Прецизна дефиниција заједничког улагања, у смислу прописа о заштити конкуренције, није дата у упоредном праву,²⁸ што представља највећи проблем у примени тих прописа и оцени заједничких улагања. Због тога није било увек јасно шта се подразумева под „стварањем заједничког улагања“, односно да ли под заједничким улагањем треба сматрати и промену облика контроле над постојећим учесником на тржишту. Одлуком Суда правде је сада све прецизирано, па се под стварањем заједничког улагања сматра и промена облика контроле над постојећим учесником на тржишту (а не само оснивање новог учесника на тржишту), под условом да учесник над којим се стиче заједничка контрола има функције независног учесника на тржишту.

Међутим, одлука Суда правде може се критиковати из више разлога, јер Суд није водио довољно рачуна о пракси Европске комисије у поступцима контроле концентрација и о примени релевантних прописа, пре свега Обавештења Европске комисије о надлежностима.²⁹

28 Luis Silva Morais, *Joint Ventures and EU Competition Law*, Hart Publishing, 2013, 30 и 133.

29 Вид и Michael Mayr, *Austria Asphalt – Some observations on the European Court of Justice's judgment*, Kluwer Competition Law Blog, <http://competitionlawblog.kluwer.competitionlaw.com/2017/09/14/austria-asphalt-observations-european-court-justices-judgment/>, 30. октобар 2017; James Webber, George Milton, *EU Court Decides EU Merger Control Can Only Catch Joint Control Transactions If the Resulting Entity Is*

Суд изједначава „стварање заједничког улагања“ са „стицањем заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту“ над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању, јер сматра да се у оба случаја може утицати на промену тржишне структуре уколико настаје учесник који задовољава *full-function* критеријуме. Ипак, упоредна пракса и академски радови показују да се под „стварањем“ заједничког улагања сматра само оснивање новог учесника на тржишту, а не и промена облика контроле над постојећим учесником на тржишту. Не може се говорити о „стварању“ заједничког улагања када се стиче контрола над *постојећим* учесником на тржишту, јер се ради само о ступању новог контролног члана у постојеће друштво, а не о стварању пословног ентитета који раније није постојао на тржишту.³⁰ При томе, тржишна структура се може променити и променом облика контроле над постојећим учесником који не би испунио *full-function* критеријуме, јер се у том случају свакако мења тржишна структура – број учесника на тржишту се смањује за један. Зато се не може прихватити став Суда да се у тим случајевима не утиче на тржишну структуру.

Другачије би било да се заједничка контрола стиче над пословном целином (имовином) која се не сматра учесником на тржишту³¹ – тада се и не може говорити о концентрацији, јер концентрација настаје само у случају стицања контроле над „учесником на тржишту“ (енгл. *undertaking*). Суд је покушао да укаже на такве ситуације, нагласивши да циљно друштво пре концентрације није испуњавало *full-function* критеријуме, али се чини да је погрешно изједначио појмове „учесника на тржишту“ и „заједничког улагања“: *full-function* критеријуми се примењују само у случају учесника који је под *заједничком* контролом, па се не могу односити на учесника на тржишту над којим се остварује *појединачна* контрола, као што је то у случају циљног друштва. О карактеристикама циљног друштва пре промене облика контроле се може говорити само у контексту постојања „учесника на тржишту“, а не о томе да ли испуњава *full-function* критеријуме, јер он тада и није под заједничком контролом.

³⁰ ‘Full-Function’, <http://www.shearman.com/en/newsinsights/publications/2017/09/eu-court-decides-eu-merger-control-full-function>, 30. октобар 2017.

30 Смисао заједничких улагања је у томе да се њима ствара пословни ентитет који није постојао на тржишту, односно нови или додатни производни капацитети на тржишту (вид. Luís Silva Morais, 31, 97, 107). Такви производни капацитети се не стварају променом облика контроле над постојећим учесником, већ само у случају оснивања новог учесника на тржишту који испуњава *full-function* критеријуме.

31 У смислу тачке 24. Обавештења Европске комисије о надлежностима, стицање имовине сматра се концентрацијом ако она представља пословну целину са тржишним учешћем којој се јасно може приписати приход.

Затим, може се поставити питање зашто се онда *full-function* критеријум не примењују и у случају када се заједничка контрола стиче над „трећим“ учесником на тржишту (када увек настаје концентрација и када се врши оцена испуњености *full-function* критеријума), јер би и у том случају учесници у концентрацији могли да тврде да заједничко друштво неће имати функције независног учесника на тржишту. Није јасна разлика између тих ситуација и ситуација када се мења контрола из појединачне у заједничку. На крају, уколико се прихвати схватање Суда, онда се не види потреба за раздвајањем „заједничких улагања“ и „стицања заједничке контроле“ и за посебним правилима ЕУ која наглашавају да се *full-function* критеријуми односе само на заједничка, јер би се они тада односили на све случајеве стицања заједничке контроле.³²

Можда би било целисходније да је Суд правде прецизирао да се правила о заједничкој контроли (конкретно члан 3(1)(b) Уредбе ЕУ о концентрацијама) примењује у свим случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту (укључујући промену облика контроле), а да се *full-function* критеријуми (конкретно члан 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама) примењују само у случају настанка, односно оснивања новог учесника на тржишту. На тај начин би се такође увећала правна сигурност, али се не би постављало питање могућности злоупотребе прописа о контроли концентрација и ризика од више случајева прикривених или непријављених концентрација.

32 На потребу разликовања ових трансакција је указано одмах након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. Johannes Lübking, „Commission adopts Jurisdictional Notice under the Merger Regulation“, *Competition Policy Newsletter* 3/2007, 4.

Ivana RAKIĆ, PhD

Commission for Protection of Competition, Belgrade

THE ASSESSMENT OF JOINT VENTURES IN EU COMPETITION LAW AFTER THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE IN CASE *AUSTRIA ASPHALT*

Summary

The author examines the role of the interpretation of the European Union Merger Regulation by the European Court of Justice in the decision in case Austria Asphalt. The Court clarified the conditions on treatment of full-function joint ventures under EU merger control rules and decided that a change from sole to joint control over an existing undertaking is a notifiable concentration only if the joint venture created by such a transaction performs on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity.

Key words: *joint venture, full-function criteria, merger control, control of concentrations, competition law, Court of Justice, EU*

Симојан МИЋОВИЋ, LL.M. (Heidelberg)
докторанд Правног факултета Универзитета у Београду
адвокат у аод „Дражић, Беатовић & Стојић“

НАКНАДНА ПРИЈАВА ПОТРАЖИВАЊА У СТЕЧАЈУ

Резиме

Институиуи накнадне пријаве потраживања у стечају није про-
воцирао научну и стручну јавност у Србији, те постоји до сада неу-
познат и законски неуређен став да се потраживања у стечају могу
пријавити само у одређеном року од објављивања решења о отварању
стечаја у Службеном гласнику. Неблаговремене пријаве потраживања
се одбацују, зато што стечајни поверилац губи сваку могућност да
учествује у стечајном поступку, губи право да потраживање најлакше
у стечају и потраживање му фактички прескаже. Решење српског зако-
нодавца одуudara од уједно-правних примера, а у њега са правном
сигурношћу српски законодавац је изгубио из вида интересе стечајних
поверилаца и разлике правичности, па су страни повериоци фактички
у неравноправном положају од домаћих. Поред тога, пракса је пока-
зала да су физичка лица као стечајни повериоци често жртве оваквог
решења. Питање пријаве потраживања треба решити у хармонији
два начела која се могу сукобити, правне сигурности и правично-
сти. Аутор у раду анализира могућност прихватања накнадне пријаве
потраживања у стечају са француског, немачког, аустријског, америч-
ког и српског стечајног права, са оценом правне реулабилности у Србији.

Кључне речи: пријава потраживања, рок за пријаву потраживања,
испунено рочиште, немачко стечајно право, аустријско
стечајно право, стечајно право САД-а.

I Увод

Ретко која област права изазова толико недоумица и отворених питања као што је то стечајно право. Разлог томе делимично можемо видети у релативно касном развоју стечајног права у Србији. Социјалистички систем са предузећима друштвеног капитала није давао простор за развијање стечајног права, па је искуство наших судова у том делу права релативно оскудно, поредећи са судовима у развијеним правним традицијама. Услед тога многа питања и даље чекају на шира разматрања, што је свакако случај са накнадном пријавом потраживања. Могућност признавања накнадне пријаве потраживања у стечају није провоцирала научну и стручну јавност, те постоји до сада неупитан и законски утемељен став да се потраживања у стечају могу пријавити само у одређеном року од објављивања решења о отварању стечаја у Службеном гласнику. Неблаговремене пријаве потраживања се одбацују, задоцнели стечајни поверилац губи сваку могућност да учествује у стечајном поступку, губи право да потраживање наплати у стечају и потраживање му фактички престаје.¹ По овом питању српско право одудара од права оних држава на које се угледа приликом реформе законодавства. Тако, у Немачкој, Аустрији, Сједињеним Америчким Државама, Швајцарској² и Француској,³ задоцнели стечајни повериоци добијају могућност да учествују у стечајном поступку, тако што рок за пријаву потраживања није преклузиван – случај у Немачкој, Аустрији и Швајцарској или се неблагоприятна пријава потраживања под одређеним условима може прихватити, као што је случај у САД-у и Француској. Краљевина Југославија, пратећи аустријско решење, по овом питању је била мно-

1 Закон о стечају, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014, чл. 111 ст. 5; Вук Радовић, *Стечајно право, књига прва*, Београд 2017, 456; Михаило Велимировић, *Стечајно право*, 3. издање, Београд 2012, 176; Милена Јовановић Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Ниш 2013, 136.

2 У раду нећемо опширније разматрати право Швајцарске, али ради информације наводимо да према чл. 251 Савезног закона о стечају Швајцарске (*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Stand am 28. März 2017*) пријава потраживања се може поднети и после истека рока, али са том последицом да се трошкови одређују на терет задоцнелог стечајног повериоца.

3 У француском стечајном поступку потраживања се пријављују у року од два месеца од објављивања огласа о отварању стечају у Службеном гласнику, односно у року од четири месеца за стечајне повериоце чије је пребивалиште ван Француске. Рок за пријаву потраживања је преклузивног карактера, али је правило ублажено услед могућности да се примени институт враћања у пређашње стање, ако је рок пропуштен из разлога за који не одговара стечајни поверилац или из разлога за који одговара стечајни дужник. Предлог за враћање у пређашње стање се може поднети у року од шест месеци од отварања стечаја. Code de commerce Version consolidée au 16 juin 2017, L 622–26, L 622–24, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>.

го ближа европско-континенталном правном кругу него што је то данашња Србија. У раду ћемо анализирати могућност прихватања накнадне пријаве потраживања у Немачкој, Аустрији и САД-у, са оценом правне регулативе у Србији.

II Немачко право

Систем непреклузивности рока за пријаву потраживања је у немачкој стечајној традицији стар већ више векова, и упркос законским изменама условљени променом политичког система, интерес стечајних поверилаца у овом смислу није доведен у питање. У данашњем немачком стечајном праву рок за пријаву потраживања није преклузиван, што произлази из чл. 177 садашњег немачког Закона о стечају који представља језичку модификацију чл. 142 Закона о стечају немачког царства.⁴ Према чл. 28 немачког Закона о стечају⁵ стечајни суд у решењу о отварању стечаја (*Eröffnungsbeschluss*) одређује рок за пријаву потраживања у распону од две недеље до три месеца.⁶ Ако стечајни поверилац закасни са пријавом потраживања, то не значи да се искључује из стечајног поступка, већ је дозвољено испитивање накнадно пријављеног потраживања.⁷

Накнадно пријављено потраживање ће се испитати на регуларном испитном рочишту, ако пријава потраживања пристигне до тада.⁸ Термин испитног рочишта се одређује у решењу о отварању стечаја и распону од једне недеље до два месеца од истека рока за пријаву потраживања.⁹ Ако се потраживање пријави по одржавању испитног рочишта, стечајни суд ће одредити додатно испитно рочиште на трошак задоцнелог стечајног повериоца.¹⁰ То важи и за потраживања коју су накнадно пријављена али у кратком року пре одржавања првог ис-

4 Konkursordnung für das Deutsche Reich, Leipzig 1898; Jürgen Mohrbutter, Harro Mohrbutter, *Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts*, München 1965, 643.

5 Немачки Закон о стечају из 1994. године (Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3147) geändert worden ist).

6 Немачки Закон о стечају, чл. 28.

7 Mark A. Jaeschke, *Anmeldung und Feststellung von Forderungen im Insolvenzverfahren*, Dissertation, Göttingen 2011, 187; Frank Thomas Zimmer, „Verspätete Anmeldung von Forderungen und Absonderungsrechte im Insolvenzverfahren mit Wohlverhaltensphase“, *Zeitschrift für Verbraucher- und Privat- Insolvenzrecht*, 2004, 269.

8 Немачки Закон о стечају, чл. 177.

9 Немачки Закон о стечају, чл. 29 ст. 1 тач. 2.

10 M. A. Jaeschke, 192; Martin Ahrens, Markus Gehrlein, Andreas Ringstmeier (Hrsg.), *Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht*, Köln 2012, 1304–1305; Ulrich Foerste, *Insolvenzrecht*, 4. Auflage, München 2008, 204.

питног рочишта, тако да се други стечајни повериоци нису могли упознати са њом. Такође, стечајни управник и стечајни повериоци, али не и стечајни дужник, могу се противити томе да се накнадна пријава потраживања испита на редовном испитном рочишту.¹¹ У том случају ће стечајни судија одредити накнадно испитно рочиште на терет задоцнелог стечајног повериоца.¹² Одлука о заказивању посебног испитног рочишта се јавно објављује а на рочиште се посебно позивају стечајни управник и дужник.¹³ Против одређивања накнадног термина се не може изјавити правни лек. Задоцнели стечајни повериоци могу једино да захтевају да суд закаже накнадно испитно рочиште, ако је суд пропустио да то учини.¹⁴

Због економичности поступка стечајни судија може одредити писмени поступак испитивања накнадних пријава потраживања без заказивања посебног испитног рочишта. Што се тиче потраживања која су пријављена после одржавања испитног рочишта, на суду је да процени да ли ће да заказује ново испитно рочиште или ће да одреди писмени поступак испитивања без одржавања рочишта, што свакако може водити убрзавању поступка и растеређивању суда.¹⁵ Писмени поступак испитивања није законски регулисан, учесници писменог поступка испитивања су исти као и они на испитном рочишту, у писменом поступку испитивања суд одређује рок преклузивног карактера, који се такође јавно објављује, у коме стечајни повериоци могу да оспоре накнадно пријављено потраживање.¹⁶ При томе некад суд прибегава и појединачном достављању у случају да има мало учесника.¹⁷

Накнадна измена пријаве потраживања се посматра као накнадна пријава потраживања и сходно важе иста правила. Под изменом пријаве потраживања посебно се сматра измена износа, основа и ранг пријављеног потраживања. Са друге стране под изменом се не сматра смањивање пријављеног износа.¹⁸

Закон о стечају не регулише питање до када се потраживање може пријавити, али је према ставу судске праксе то могуће учинити све до

11 M. Ahrens, M. Gehrlein, A. Ringstmeier, 1305.

12 U. Foerste, 204–205.

13 Немачки Закон о стечају, чл. 177, ст. 3. Спорно је да ли се позивају сви повериоци или само они који су накнадно пријавили потраживање. Језичко тумачење иде у прилог да се позивају сви повериоци, али према већинском мишљењу такво позивање би било непотребно па се посебно позивају само повериоци који су накнадно пријавили потраживање. M. Ahrens, M. Gehrlein, A. Ringstmeier, 1306.

14 M. Ahrens, M. Gehrlein, A. Ringstmeier, 1307.

15 M. Ahrens, M. Gehrlein, A. Ringstmeier, 1306.

16 Немачки Закон о стечају, чл. 74; M. Ahrens, M. Gehrlein, A. Ringstmeier, 1306.

17 M. A. Jaeschke, 200–202.

18 M. Ahrens, M. Gehrlein, A. Ringstmeier, 1307.

завршног рочишта (*Schlusstermin*).¹⁹ Шта више, потраживање се може пријавити и на самом завршном рочишту, али тај стечајни поверилац не учествује у подели стечајне масе. Због тога пријава потраживања и њено испитивање мора да уследи најкасније две недеље од објављивања коначне листе утврђених потраживања (*Schlussverzeichnis*) која се објављује пре заказивања завршног рочишта.²⁰ Стечајни повериоци који пријављују потраживање на завршном рочишту имају правни интерес да се оно призна, без обзира што не учествују у подели стечајне масе, јер учествују у накнадној деоби, а поред тога њихово потраживање се сматра правноснажно утврђеним према свим стечајним повериоцима.²¹ У немачком стечајном праву враћање у пређашње стање се примењује само за испитно рочиште.²²

Положај стечајних поверилаца када се стечај спроводи реорганизацијом је за нијансу бољи, јер не постоји могућност да потраживање престане услед непријављивања. План реорганизације делује према свим повериоцима без обзира да ли су пријавили своје потраживање или не, а стечајни поверилац који није пријавио потраживање у стечајном поступку има право да у парничном поступку после усвајања плана реорганизације и обуставе стечаја утврђује постојање свог потраживања и да тражи наплату у складу са планом реорганизације.²³

III Аустријско право

Аустријско стечајно право по овом питању у основи прати немачко, али не и у појединостима. Стечајни повериоци пријављују своја потраживања писмено или на записнику у року који се одређује тако да истиче најмање четрнаест дана пре испитног рочишта, а које рочиште се заказује у распону од шездесет до деведесет дана од дана отварања стечајног поступка.²⁴

Потраживања која су пријављена по истеку рока за пријаву и која нису испитивана на редовном испитном рочишту, биће испитана на накнадном испитном рочишту.²⁵ Крајњи рок за пријаву потраживања

19 М. А. Jaeschke, 194–198.

20 Немачки Закон о стечају, чл. 189.

21 Немачки Закон о стечају, чл. 178.

22 Немачки Закон о стечају, чл. 86.

23 Немачки Закон о стечају, чл. 254б.

24 Аустријски Закон о стечају (*Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)*), RGBL. Nr. 337/1914, Fassung vom 24.06.2017.), чл. 74 ст. 3; Walter Buchheger, *Insolvenzrecht*, Wien 2010, 111; Richard Holzhammer, Marianne Roth, *Exekutionsrecht und Konkursrecht*, Plöchl Verlag Freistadt, 2006, 212–213.

25 Аустријски Закон о стечају, чл. 107; R. Holzhammer, M. Roth, 213.

износи четрнаест дана пре дана одржавања рочишта за главну деобу, а потраживања пријављена доцније неће разматрати.²⁶ У случају накнадног испитног рочишта стечајни суд ће јавним објављивањем позвати стечајне повериоце, али у одређеним случајевима повериоце може позвати и посебно. Стечајни повериоци који су задоцнили са пријавом потраживања не могу да оспоравају потраживања испитана и утврђена на редовном испитном рочишту.²⁷ Потраживања која су пријављена у краћем периоду од четрнаест дана пре рочишта за главну деобу, могу бити утврђена, али не могу бити узета у обзир приликом расподеле стечајне масе. Као и у немачком праву, таква потраживања ће се узети у обзир приликом накнадне деобе. Институт враћања у пређашње стање није дозвољен у стечајном праву Аустрије.²⁸

Када је реч о плану реорганизације, аустријско право се разликује од немачког. Стечајни повериоци, који нису пријавили потраживање до гласања о плану реорганизације имају право на намирење према квотама из плана реорганизације само ако то дозвољавају приходи стечајног дужника и његова имовинска ситуација.²⁹ Међутим, ако стечајни поверилац није пријавио потраживање из разлога за који одговара стечајни дужник, такав стечајни поверилац ће имати право на намирење у пуном износу свог потраживања.³⁰

IV Право Сједињених Америчких Држава

У Сједињеним Америчким Државама (у даљем тексту: САД-у) потраживање се пријављују у одређеном року, односно у року који не може бити дужи од деведесет дана од прве седнице поверилаца када је у питању банкротство (Chapter 7), стечај фармера и рибара (Chapter 12) и стечај физичких лица – потрошача (Chapter 13),³¹ односно у оквиру

26 Аустријски Закон о стечају, чл. 107. ст. 1.

27 Аустријски Закон о стечају, чл. 107 ст. 3; W. Buchheger, 111–112; R. Holzhammer, M. Roth, 213

28 Аустријски Закон о стечају, чл. 259.

29 Аустријски Закон о стечају, чл. 197. О непријављеним потраживањима и плану реорганизације детаљније видети: Birgit Schneider, „Zahlungsplan und Exekution einer nicht angemeldeten Forderung“, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz*, Wien 2012, Heft 2, 46; Georg E. Kodek, „Verfahrensrechtliche Fragen der Berücksichtigung nicht angemeldeter Forderungen im Zahlungsplan (§ 197 KO)“, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz*, Wien 2001, Heft 1, 8; Andreas Konecny, „Zahlungsplan und Exekution wegen einer nicht angemeldeten Insolvenzforderung“, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz*, Wien 2014, Heft 3, 113.

30 Аустријски Закон о стечају, чл. 197 у вези са чл. 156.

31 Савезна правила о стечајном поступку (Federal Rules of Bankruptcy Procedure, у даљем тексту: FRBP), чл. 3002 (c).

времена који пропише стечајни суд према локалним правилима када је у питању реорганизација општине (Chapter 9) и општа реорганизација (Chapter 11).³²

Оно што је заједничко за све врсте стечаја јесте да се накнадна пријава потраживања прихвата ако стечајни поверилац докаже да је у року „неформално пријавио“ потраживање. Савезна правила о стечајном поступку не познају неформалну пријаву потраживања, већ изричито прописују да је пријава потраживања *йисмена изјава* стечајног повериоца.³³ Институт неформалне пријаве потраживања је развила судска пракса у циљу ублажавања ригидности и претераног формализма. Међутим, појам није лингвистички мотивисан па се код неформалне пријаве потраживања не ради о неформалној и усменој пријави, већ неформална пријава потраживања подразумева да је стечајни поверилац у року за пријаву већ поднео документ или неко правно средство стечајном суду из које се може закључити да стечајни поверилац има потраживање према стечајном дужнику, те да га жели наплатити. Као пример се наводи захтев за укидање прекида поступка (*Motion for Relief from the Automatic Stay*) који подноси стечајни поверилац са циљем да стечајни суд дозволи наставак другог поступка који је текао у тренутку отварања стечаја, а који је услед стечаја аутоматски прекинут.³⁴ Не може сваки документ и правно средство, који су поднети стечајном суду пре пријаве потраживања, представљати неформалну пријаву потраживања. За тако нешто потребно је да документација садржи све прописане елементе као и пријава потраживања, да се из ње може закључити о којем обиму, врсти и природи потраживања се ради, као и да постоји намера повериоца да наплати наведено потраживање.³⁵ Ако је прихвати суд, неблаговремена формална пријава потраживања ће имати ретроактивно дејство са даном подношења неформалне пријаве потраживања.

Поред тога, за све врсте стечаја је заједничко и то да се прихвата накнадна пријава потраживања, ако стечајни поверилац докаже да никад није примио обавештење о одржавању прве седнице поверилаца, од ког догађаја тече и рок за пријаву потраживања. Обавештење се добија најмање двадесет дана пре одржавања прве седнице поверилаца од ког дана тече рок од деведесет дана за пријаву потраживања када је у питању банкротство (Chapter 7), стечај фармера и рибара (Chapter 12)

32 FRBP, чл. 3003 (c)(3).

33 FRBP, чл. 3001.

34 Bradley R. Hightower, *What to say when your proof of claim is filed after the bar date*, 3, доступно на адреси: http://csattorneys.com/wp-content/uploads/2014/06/When-Proof-of-Claim-is-Filed-After-Bar-Date__BH.pdf.

35 Истакнуто у случају *The Charter Co. v. Dioxin Claimants (In re The Charter Co.)*, 876 F.2d 861, 863–64 (11th Cir. 1989)

или потрошачки стечај (Chapter 13). Обавештење мора да буде одређене садржине и да буде благовремено достављено повериоцу. У случају да један од та два услова недостаје, сматраће се да стечајни поверилац није уредно обавештен, па ће се неблаговремена пријава потраживања прихватити. Међутим, наведено становиште није увек било владајуће. Већинско становиште је било да стечајни поверилац, који није уредно обавештен о покретању стечајног поступка, а задоцни са пријавом потраживања, нема права по основу пријаве потраживања, већ да своја права може остварити другим доступним правним средствима.³⁶ Амерички судови су се позивали на језички недвосмислене одредбе Закона о стечају и Савезних правила о стечајном поступку, према којима суд нема овлашћење да продужава рок за пријаву потраживања.³⁷ Временом је судска пракса почела неблаговремену пријаву потраживања услед касног обавештења да посматра са становишта правичности, па је тако заузет став да такве пријаве потраживања треба прихватити.³⁸ Као главни аргумент за овакав став, поред начела правичности, фигурирало је то да ниједан од алтернативних средстава које задоцнелом повериоцу стоје на располагању не могу да надоместе губитак услед непризнавања својства стечајног повериоца због задоцнеле пријаве потраживања. Тако је суд развио доктрину „doctrine of equitable tolling“.³⁹ Примена ове доктрине није апсолутна, па је суд може одбити посебно ако би прихватање задоцнеле пријаве знатно омео стечајни поступак који је у току, а имајући у виду обим и природу потраживања као и тренутну фазу поступка. На пример, не прихвата се пријава потраживања, чак и ако је стечајни поверилац неуредно обавештен, у случају да је остало петнаест дана до закључења стечајног поступка.

Када је у питању стечај (реорганизација) општине (Chapter 9) или општа реорганизација (Chapter 11), неблаговремена пријава потраживања се прихвата само ако је закашњење проузроковано извињавајућом непажњом.⁴⁰ Приликом оцене да ли се ради о извињавајућој непажњи суд разматра све околности, а посебно има у виду временску дистанцу између тренутка подношења пријаве и истека рока, утицај прихватања неблаговремене пријаве на тренутни стечајни поступак,

36 Robert K. Coulter, „The Problem with late claims in Chapter 13“, *American Bankruptcy Institute Journal*, september 2002, 1, доступно на адреси: www.abi.org/abi-journal/the-problem-with-late-claims-in-chapter-13, 1.

37 R. K. Coulter, 1. Сви повериоци се обавештавају о отварању стечаја сходно чл. 342 Bankruptcy Code.

38 То становиште је заузето у спору *Internal Revenue Service v. Hildebrand III Trustee*, 245 B.R 287.

39 Доктрина је наглашена у спору *Young v. United States*. Вид. R. K. Coulter, 1.

40 FRBP, 9006 (b)(1), видети и случај *Pioneer Investment Services Co. v. Brunswick Associates Limited Partnership*, 507 U.S. 380 (1993).

разлог кашњења, да ли је поверилац поступао у доброј вери и да ли би прихватање пријаве потраживања на неки начин довело стечајног дужника у неповољан положај.⁴¹ У случају банкротства (Chapter 7) додатно постоји могућност да се прихвати неблагоприятна пријава потраживања, али такво потраживање ће бити наплаћено само ако се повериоци приоритетног реда намире, као и сви они повериоци који су пријавили благовремено потраживање.⁴²

Упоређујући право САД-а са правом Немачке и Аустрије уочава се да у сва три правна поретка постоји начин да се ублажи ригидност и неправичност коју са собом носи систем преклузивног рока. Разлика је у том што немачко и аустријско стечајно право већ на законском нивоу регулишу до када се пријава потраживања најкасније може поднети, те да рок за пријаву потраживања није преклузиван, што је свакако добро са становишта правне сигурности. Са друге стране, у стечајном праву САД-а, такође на законском нивоу је у одређеним случајевима ублажен систем преклузивности рока за пријаву потраживања, али је и поред тога судска пракса била принуђена да временом ублажавала ригидност стечајних прописа у другим сегментима, успостављајући додатне критеријуме за прихватање накнадне пријаве потраживања.

V Право Републике Србије

1. Рок за пријаву потраживања

У праву Републике Србије повериоци стичу својство странке подношењем пријаве потраживања,⁴³ пријаве се могу поднети по истеку рока одређеног решењем стечајног судије, али најкасније у року од 120 дана од дана објављивања огласа у „Службеном гласнику Републике Србије“, а све пријаве поднете по истеку рока од 120 дана биће одбачене као неблагоприятне.⁴⁴ Трошкове одржавања допунског рочишта за испитивање потраживања дужан је да предујми подносилац пријаве, што се односи само на пријаве поднете после рока одређеног решењем судије али унутар рока од 120 дана од дана објављивања огласа. Ако се у року који одреди суд не положи предујам, пријава ће се одбацивати.⁴⁵

41 Видети случај: *In re Garden Ridge Corp.*, 348 B.R. at 645, citing *Hefta v. Official Comm. of Unsecured Creditors (In re American Classic Voyages Co.)*, 405 F.3 133 (3d Cir. 2005).

42 3002 (c) FRBP; R. K. Coulter, 1–2; Paul J. Maselli, „When is it never too late to file a proof of claim?“, *Business Credit*, Vol. 96, No. 8 September 1994, 327.

43 Закон о стечају, чл. 51 ст. 2; В. Радовић (2017), 448.

44 Из ове расправе ћемо изузети могућност накнадне пријаве потраживања у случају побијања потраживања сходно чл. 130 Закона о стечају.

45 Закон о стечају, чл. 111 ст. 5.

Решење о отварању стечајног поступка садржи, између осталог и позив повериоцима да у року који не може бити краћи од 30 дана, ни дужи од 120 дана од дана објављивања огласа о отварању стечајног поступка у „Службеном гласнику Републике Србије“, пријаве своја обезбеђена и необезбеђена потраживања.⁴⁶ Према томе, Закон о стечају се приклонио законско-либералном систему одређивања рокова за пријаву потраживања.⁴⁷

Наведене одредбе Закона о стечају само прецизирају начело императивности и преклузивности из чл. 7 Закона о стечају, према коме су прописани рокови преклузивни, ако законом није другачије одређено. Дакле, стечајни судија одређује рок за пријаву потраживања у решењу о отварању стечаја, који није преклузивног карактера, али законом прописани рок од 120 дана је преклузивног карактера, који се ни под којим условима не може продужити. Поред тога у стечајном поступку се не може тражити повраћај у пређашње стање.⁴⁸

Положај стечајних поверилаца је битно другачији када се стечај спроводи реорганизацијом. Ако стечајни поверилац није обухваћен унапред припремљеним планом реорганизације или његово потраживање није у целости признато, или није сврстан у класу поверилаца која му према суштинским карактеристикама његовог потраживања следује, има рок од 15 дана, од дана објављивања огласа у „Службеном гласнику Републике Србије“, да истакне примедбе на унапред припремљени план реорганизације.⁴⁹ Међутим, не постоји санкција у случају да се не изјави приговор, у смислу да је стечајни поверилац остао без даљих правних могућности у циљу остваривања својих права. Поверилац коме су одбијене примедбе на унапред припремљени план реорганизације може изјавити жалбу на решење о усвајању унапред припремљеног плана реорганизације, као и да по потврђивању решење од стране Привредног апелационог суда покрене парнични поступак ради утврђивања постојања потраживања и наплате у складу са унапред припремљеним планом реорганизације. Утврђивање потраживања у парници није условљено изјављивањем примедби на унапред припремљени план реорганизације и изјављивањем жалбе на решење о усвајању унапред припремљеног плана реорганизације. Следствено томе, пасивност и необавештеност повериоца у случају подношења и усвајања унапред припремљеног плана реорганизације није санкционисана губитком њихових потраживања.

46 Закон о стечају, чл. 70 ст. 1 тач. 5.

47 В. Радовић (2017), 455.

48 Закона о стечају, чл. 43 ст. 2; Вук Радовић (2017), 456.

49 Закон о стечају, чл. 159 ст. 6 тач. 2.

Слична ситуација је и у случају усвајања регуларног плана реорганизације после отварању стечајног поступка а по истеку рока за пријаву потраживања. У поступку реорганизације пријава потраживања се мора поднети до рочишта за разматрање плана реорганизације,⁵⁰ што временски далеко може превазићи рок од 120 дана од дана отварања стечаја, будући да рок за подношење плана реорганизације износи 90 дана од дана отварања стечаја, са могућношћу да се рок продужи за 60 дана, као и додатних 60 дана за измену поднетог плана реорганизације, а да се рочиште за разматрање плана реорганизације одржава у року од 20 дана од дана подношења предлога плана реорганизације.⁵¹ Међутим, ни ту није крај за потраживања која нису пријављена. Према ставу судске праксе, стечајни повериоци који нису пријавили своја потраживања у стечају и која нису обухваћена планом реорганизације, имају право да у парничном поступку утврђују своје потраживање и да захтевају намирењу у складу са планом реорганизације.⁵²

Преклузивност рока за пријаву потраживања није традиционално решење у српском праву. Систем преклузивног рока за пријаву потраживања уведен је изменама Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1996. године, са правилом да су се све пријаве поднете после истека рока од 60 дана морале одбацити.⁵³ Према Закону о стечају Краљевине Југославије од 1929. године, стечајни поверилац је имао право да пријави потраживање и по истеку рока за пријављивање,⁵⁴ све док стечајни управник не поднесе предлог за коначну деобу.⁵⁵ Рок за пријаву потраживања је износио од тридесет до деведесет дана од дана отварања стечаја и одређује се одлуком о отварању стечаја.⁵⁶ Свакако ово задоцњење има и штетне последице. Последица је да ће се за те повериоци одредити накнадно рочиште за испитивање њихових потраживања о њиховом трошку,⁵⁷ а наведени стечајни повериоци неће

50 В. Радовић (2017), 458.

51 Закон о стечају, чл. 162, 164.

52 Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж.бр. 106/2012 од 13.09.2012. године, *Билтен Вишег суда у Новом Саду*, бр. 3/2012, наведено према правној бази *Intertex*; Иван С. Тодоровић, *Правне последице усвајања плана реорганизације*, докторска дисертација, Београд 2015, 191–192.

53 В. Радовић (2017), 457.

54 Закон о стечају Краљевине Југославије, 79; Срећко Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије – Ванпарнични поступци*, Београд 1938, 484; Обрад Госпавић, *Стечајно право Краљевине Југославије*, Београд 1930, 74. Аутору нису били доступни стечајни прописи из Краљевине Србије, па је анализа овог питања са аспекта тадашњих прописа остављена за другу прилику.

55 Закон о стечају Краљевине Југославије, чл. 143 ст. 3, 146 и 148; С. Цуља, 485.

56 Закон о стечају Краљевине Југославије, 70; С. Цуља, 465.

57 Закон о стечају Краљевине Југославије, чл. 120 и 187/3; С. Цуља, 418–420; О. Госпавић, 74–75.

моћи да оспоравају потраживања која су раније утврђена. С обзиром да рок за пријаву потраживања није преклузиван, онда је логично што према стечајном праву Краљевине Југославије није допуштен предлог за враћање у пређашње стање.⁵⁸

Закон о стечајном поступку из 2004. године је садржао сличне одредбе по угледу на српско предратно право. Према чл. 95 на испитном рочишту испитују се и потраживања пријављена после истека рока за пријављивање потраживања, ако су пријаве поднете суду и стечајном управнику пре одржавања испитног рочишта или непосредно на рочишту. Ако стечајни управник или неки од поверилаца стави приговор, тражећи да се накнадно пријављено потраживање не испитује на испитном рочишту, или ако потраживање буде пријављено тек после испитног рочишта, стечајно веће ће о трошку повериоца који је накнадно пријавио потраживање одредити допунско испитно рочиште. На допунском испитном рочишту не могу се оспоравати потраживања утврђена на ранијим испитним рочиштима.⁵⁹ Закон о стечајном поступку је такође забранио примену института повраћаја у пређашње стање.⁶⁰ Што се тиче крајњег рока за пријаву потраживања, судска пракса је стала на становиште да се пријава потраживања може поднети све до састављања нацрта за главну деобу.⁶¹

2. Оцена регулативе у Србији

Право Републике Србије је ригорозније и неповољније по стечајне повериоце у односу на право држава на које се бар декларативно угледа. Шта више, Закон о стечају комбинује за стечајне повериоце неповољне одредбе из права Немачке и Аустрије са неповољним одредбама из права Француске. Логично је да Закон о стечају садржи бар једно правно средство којим ублажава принцип преклузивности, посебно када је у конкретном случају примена таквог принципа неправична. Тако је према француском праву рок за пријаву потраживања преклузиван, али стечајни поверилац има могућност подношења предлога за враћање у пређашње стање. Поред тога, француски законодавац је препознао фактичку неравноправност страних у односу на домаће стечајне повериоце, па је рок за пријаву потраживања за стране повериоце – повериоце

58 Закон о стечају Краљевине Југославије, 187/3; С. Цуља, 443.

59 Закон о стечајном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 85/2005), чл. 95; Гордана Станковић, Невена Петрушић, *Стечајно процесно право*, Београд 2006, 164, 167.

60 Закон о стечајном поступку, чл. 29. ст. 4.

61 В. Радовић (2017), 458; Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном процесу*, Београд 2006, 323.

са седиштем у другој држави, продужен за два месеца. У немачком и аустријском праву рокови нису преклузивни, па и нема правног резона да се уводи институт враћања у пређашње стање у погледу пропуштања рока за пријаву потраживања.⁶² Закон о стечају узима оба ограничења, па не дозвољава предлог за враћање у пређашње стање, али су и рокови преклузивни – дакле за стечајне повериоце „дупло голо“. Ако се описана ригорозност одредби Закона о стечају сагледа из угла непостојања индивидуалног обавештења поверилаца, то нам се намеће закључак да су страни повериоци фактички у неравноправнијем положају од српских поверилаца,⁶³ те да им потраживање веома лако може престати услед протекла рока за пријаву потраживања, без обзира на разлог пропуштања.

Закон о стечају је увео новину у погледу обавештавања поверилаца, која до сада, а имајући у виду преклузивност рока за пријаву потраживања, није до краја достигла свој смисао. Наиме, поред јавног обавештавања поверилаца, Закон о стечају је увео и индивидуално обавештавање познатих поверилаца од стране стечајног управника. Тако је стечајни управник дужан да без одлагања писменим путем обавести о отварању стечајног поступка све повериоце који су му у том тренутку познати уз навођење свих података из решења о отварању стечајног поступка, као и других података од значаја за повериоце.⁶⁴ Индивидуално обавештавање има само информативно дејство, јер се рокови рачунају према јавном обавештавања учињеном од стране стечајног суда.⁶⁵

Међутим, без обзира што индивидуално обавештавање има само информативни карактер, ипак је то обавеза за стечајног управника, па повреда наведене обавезе мора установити одговорност за накнаду штете. Како је циљ правила о накнади штете да се успостави стање какво би било да до повреде није дошло, то је најлогичније да Закон о стечају дозволи накнадну пријаву потраживања, у случају да стечајни управник не обавести познатог повериоца. Право САД-а нам може послужити као узор у том смислу. Уместо једноставног и економичног

62 У немачком праву враћање у пређашње стање се примењује само за испитно рочиште према чл. 86 *Insolvenzordnung*, а у аустријском праву је забрањено враћање у пређашње стање сходно чл. 259 *Insolvenzordnung*.

63 Вук Радовић, „Дужност информисања страних поверилаца и пријава њихових потраживања у стечајном поступку“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање њословној права Србије са њравом Европске уније* (2013), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 27–29. Специфичан проблем постоји и са стечајем бродовласника и проблем са којим се суочавају имаоци привилегија на броду, а о томе видети: Светислав Јанковић, „Привилегије на броду у ситуацији стечаја бродовласника“, *Анала Правној факултету у Београду*, Београд 2016, 205.

64 Закон о стечају, чл. 27, ст. 1, тач. 5.

65 В. Радовић (2017), 454.

решења Закон о стечају је систем преклузивности рока поставио као апсолутни принцип, па су према томе познати стечајни поверилац уместо подношења накнадне пријаве (што је много економичније решење) принуђени да покрећу парнични поступак против стечајног управника, доказујући да су услед пропуста стечајног управника претрпели штету. Остваривање њиховог права се тиме закомпликује и отежава услед дугог трајања стечајног али и парничног поступка, уз терет доказивања настале штете. Због тога обавеза индивидуалног обавештавања није доживела пуну афирмацију у Закону о стечају, јер чак и ако стечајни управник не обавести познатог повериоца, не мора нужну да значи да ће сносити било какву санкцију због тога.

Док се у немачком и аустријском праву положај стечајних поверилаца по питању пријаве потраживања и признавања права по основу накнадне пријаве не разликује у банкротству и реорганозацији, осим што ако се не пријави потраживање до окончања стечаја, исто престаје, али не због преклузивности рока, већ због престанка уговорне стране, то српско право драстично прави разлику између са једне стране банкротства, где потраживање престаје ако се не пријави до истека преклузивног рока и са друге стране реорганизације, где се потраживање не губи чак иако уопште није пријављено у стечају. Чини нам се да успостављена разлика нема оправдања и представља унутрашњу инкохерентност стечајних прописа која може угрозити правну сигурност.

Интереси стечајних поверилаца који су погођени ситемом преклузивности рока за пријаву потраживања за сада нису препознати од стране релевантних политичких чинилаца. Тако *Предлој Закона о изменама и дојунама Закона о стечају* има за циљ успостављање оквира да се стечајни поступак што пре оконча. Основни циљ измена Закона о стечају је повећавање ефикасности стечајног поступка чиме ће се омогућити већи степен намирнења, нижи трошкови и скраћење трајања поступка.⁶⁶ Предлагач као превасходни мотив има што боље рангирање Републике Србије на *Doing Business* листи Светске банке, што се свакако не може замерити, али показује да интереси који се тангирају системом преклузивног рока за пријаву потраживања нису у фокусу предлагача закона. Интереси страних поверилаца и домаћих поверилаца – превасходно физичких лица, углавном неуких странака, остају и даље, чини се неоправдано незапажени.

66 Влада Републике Србије, *Предлој Закона о изменама и дојунама Закона о стечају*, 2017, 108, доступно на адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2208-17.pdf.

VI Закључак

Приликом регулисања рока за пријаву потраживања треба помирити два начела која се могу супротставити, правну сигурност и правичност. Чини нам се да је српски законодавац у тежњи за правном сигурношћу изгубио представу о реалном правном животу и пословној пракси која се све више одвија на међународном нивоу. Осим у случају побијања потраживања, Закон о стечају Србије ни под којим условима не дозвољава пријаву потраживања после истека преклузивног рока од 120 дана од дана објављивања огласа у Службеном гласнику, а поред тога не дозвољава ни предлог за враћање у пређашње стање. У праву Републике Србије важи систем преклузивног рока, што је много упрошћеније али и строже решење. Ако се преклузивност рока за пријаву потраживања посматра из угла непостојања обавезе обавештавања страних поверилаца, онда можемо да закључимо да прокламовани равноправни третман свих стечајних поверилаца у пракси доводи до дискриминације страних поверилаца, који са једне стране заиста тешко могу да се информишу о томе да ли је њихов дужник у Србији доспео у стечај, а са друге стране чак и ако сазнају за чињеницу отварања стечаја велика је вероватноћа да ће због протеча преклузивног рока за пријаву потраживања изгубити свако право у стечају.

Стечајно право Србије је по питању пријаве потраживања у стечају и инкохерентно, јер омогућава да стечајни поверилац, који није пријавио потраживање у преклузивном року, пријави потраживање до дана одржавања рочишта за разматрање плана реорганизације, или ако ни до тада није поднео пријаву потраживања, у случају да се изгласа план реорганизације, у парничном поступку утврђује постојање потраживања и тражи наплату у складу са планом. У том случају његово потраживање прво престаје, због преклузије рока у стечајном поступку, а потом оживљава због тога што се стечај није окончао банкротством већ реорганизацијом. Сматрамо да оправдања за овакву дихотомију нема, већ да положај стечајног повериоца по питању пријаве потраживања не би требало да има разлике у зависности од тога да ли се стечај спроводи банкротством или реорганизацијом.

Сагледавајући однос закона и пословне праксе, решење у српском праву постаје неправично у случају да 1) стечајни поверилац нема пребивалиште или седиште у Србији и 2) ако се прекорачење рока за пријаву може приписати у кривицу стечајном дужнику, односно стечајном управнику, који није обавестио познатог стечајног повериоца да је стечајни поступак отворен. Српски законодавац је бар по овом

питању преценио начело правне сигурности и доста га упростио, или је управо хтео да повласти стечајног дужника, стечајног управника превише не оптерети, а стечајне повериоце, чије интересе треба највише да узима у обзир, ускрати за наплату потраживања. Тврдња да систем непреклузивности рока за пријаву потраживања нужно води ка одуговлачењу поступка, имајући у виду немачко и аустријско искуство, не може бити основана. Наиме, зашто би се економичност поступка нарушила ако би се дозволиле, под одређеним условима, и накнадне пријаве потраживања, уз обавезу да задоцнели стечајни поверилац накнади трошкове који се тиме проузрокују? На економичност стечајног поступка много више утиче некономичност и дуго трајање парничних поступака произашлих и стечајног поступка, него што би то био случај са прихватањем накнадне пријаве потраживања. У Немачкој, Аустрији, Сједињеним Америчким Државама, Швајцарској и Француској, задоцнели стечајни повериоци добијају могућност да под одређеним условима учествују у подели стечајне масе, онако како је било и у Краљевини Југославији. Правни живот у поменутиим државама показује да међу задоцнелим стечајним повериоцима већину чине неуке странке, односно физичка лица, па је и то један од аргумента зашто је непреклузивност рока за пријаву потраживања правичније решење. Да ли је појам правне сигурности другачије третиран према наведеним правним порецима или је правичност као метафизички ослонац права изгубио на цени за српског законодавца?

Са друге стране не сме се системом непреклузивности рока за пријаву угрозити економичност поступка, па би евентуално његово поновно увођење морало да прате санкције за задоцнелог стечајног повериоца, у смислу да не може да оспорава раније утврђена потраживања, да сноси све трошкове које проузрокује накнадна пријава потраживања, што укључује и трошкове других стечајних поверилаца настали у циљу провере накнадне пријаве потраживања, да не може да учествује у расподели деобне масе која је извршена у оквиру делимичних деоба спроведених пре подношења пријаве, итд.⁶⁷ Има оправдања и раздвојити накнадне пријаве потраживања у оне који су поднете пре испитног рочишта и оне које су поднете после испитног рочишта, при чему оштрије санкције треба да прате накнадне пријаве потраживања поднете по одржавању испитног рочишта. Крајњи рок за пријаву потраживања би требало регулисати као и према Закону о стечајном поступку, односно да се пријава може поднети све до састављања нацрта за главну деобу. У овим случајевима сматрамо да има оправдања да се поново уведе систем непреклузивног рока, који више одговара интересима поверилаца. Упо-

67 В. Радовић (2017), 457.

редна стечајна пракса нам показује да се веома добро може направити баланс између интереса поверилаца и економичности поступка, па се не види разлог зашто не би следили такав пут у регулисању законског стечајног оквира.

Stojan MIČOVIĆ, LL.M. (Heidelberg)
PhD Candidate at Faculty of Law University of Belgrade
Attorney at law, LLP „Dražić, Beatović & Stojić“

LATE PROOF OF CLAIM IN BANKRUPTCY PROCEDURE

Summary

The institute of subsequent registration of the claim in a bankruptcy procedure did not provoke the scientific and professional public in Serbia and there is an undeniable and lawful position that the claims in a bankruptcy procedure may be registered only within a specific period after the publishing of the decision on opening a bankruptcy procedure in the Official Gazette. Untimely registrations of claims get rejected, the creditor in bankruptcy who failed to register its claim in time loses every possibility to participate in the bankruptcy procedure, loses the right to recover its claim in bankruptcy and the claim practically ceases to exist. The solution of the Serbian legislator is contrary to the comparative legal examples, and in its desire to achieve legal certainty, the Serbian legislator has disregarded the interests of the creditors in the bankruptcy procedure and the equity reasons, and thus foreign creditors are factually in a more disadvantageous situation than the domestic creditors. In addition, practice has shown that the natural persons as creditors in bankruptcy frequently fall victims to this solution. After analysing the relationship between the law and business practice, the solution applied in Serbian law becomes unjust in cases where 1) the creditor in bankruptcy does not have a place of residence or registered office in Serbia and 2) the exceeding of the deadline for registration may be attributed to the bankruptcy debtor, i.e. administrative receiver, who failed to notify a known creditor in bankruptcy that a bankruptcy procedure has been opened. The issue of registration of claims has to be resolved in harmony with two opposing principles, legal certainty and equity. We are of the opinion that it would be justified to reintroduce a non-preclusive deadline in the system, which is more inclined to the interests of the creditors. In Germany, Austria, United States of America, Switzerland and France, the belated creditors in bankruptcy have the possibility

to participate in the division of the bankruptcy estate under certain conditions, just as was the case in the Kingdom of Yugoslavia. The comparative bankruptcy practice shows us that balance may be achieved between the interests of the creditors and the economy of the procedure, and thus there is no reason not to follow this road leading to the regulation of the legal bankruptcy framework.

Key words: *registration of claims, deadline for the registration of claims, examination hearing, German bankruptcy law, Austrian bankruptcy law, U.S. bankruptcy law.*

Снежана ДАБИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду*

ДЕЈСТВА ПРЕВАРЕ КОЈА ПОТИЧЕ ОД ТРЕЋЕГ ПРИ ЗАКЉУЧЕЊУ ТЕРЕТНИХ УГОВОРА

Резиме

Традиционални је захтев у уговорном праву да превара постоји од сауговарача, како би ушницала на њуноважности теретних уговора. Превара од стиране треће само изузетно рађа право на иоништење – ако сауговарач за њу зна или мора знаћи. На први поглед се чини да је ово ограничење разумно постављено и да на адекватан начин мири супротивљиве интересе жртве преваре и њеног сауговарача. Али, његови недостаци у право долазе до изражаја у случајевима у којима постоји многи већи ризик ушницаја трећих лица на вољу сауговарача, као што је, примера ради, закључење уговора у користи треће. Да ли и какво дејство има превара која постоји од бенефицијара онда када сауговарач за њу није ни знао ни морао знаћи? Поред тога, значајна улога коју поједина трећа лица имају у процесу закључења уговора, ишћујајући на стираној једној сауговарача, ушницала је на то да их судови у уговорном праву изузму из категорије „трећих“ и њихову превару импутирају том сауговарачу, као да ју је сам учинио, иако за њу није ни знао ни морао знаћи. Од круцијалног значаја јесте питање: која се лица не смаирају трећим у домену одредаба о превари?

Кључне речи: превара, мане воље, трећа лица, теретни уговори, одговорности за штећу.

* Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под називом „Идентитетски преображај Србије“.

I Уводне напомене

Универзални је и традиционални захтев у упоредном праву, како би превара имала утицаја на пуноважност закљученог уговора, да она потиче од сауговарача. Обмана од стране трећег, ма колико одлучујуће деловала на вољу једне стране, само изузетно рађа право да се захтева поништење уговора применом правила о превари. Наше право не представља изузетак у том погледу: ако је превару учинило треће лице, она утиче на сам уговор само уколико је друга уговорна страна у време закључења уговора знала или морала знати за превару.¹

На први поглед чини се да је овакво решење прилично широко постављено и да на адекватан начин мири супротстављене интересе – жртве преваре, да из уговора изађе, и невиног сауговарача, да не трпи последице поништења уговора ако није крив. Међутим, ограничен домет оваквог правила долази нарочито до изражаја у две групе случајева.

Прву групу чине уговори при чијем закључењу постоји много већи ризик „мешања“ трећег лица и његовог утицаја на вољу једног од сауговарача, као што су, примера ради, уговори у корист трећег. Да ли и какво дејство има превара која потиче од бенефицијара на уговор закључен у његову корист?

Другу, пак, групу чине они случајеви у којима превара потиче од појединих трећих лица, којима је поверена значајна улога да учествују у процесу закључења уговора, заступајући интересе сауговарача жртве преваре. Упоредноправна пракса показује да су судови, када превара потиче од ових лица, њих изузимали из категорије „трећих лица“ и превару импутирали сауговарачу, као да ју је сâм учинио, иако за њу није нити знао нити морао знати. Када се ствари поставе на овакав начин, од круцијалног је значаја: која се лица не сматрају трећим у смислу одредаба о превари? Чије се преварно поступање увек може супротставити сауговарачу и довести до поништења закљученог уговора?

1 Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/79, последње измене у 1/2003, чл. 65 ст. 3. Поједини системи, међу којима је и наш, изричито предвиђају да се уговори без накнаде могу поништити без обзира на то да ли је друга уговорна страна знала или морала знати за превару. Добročини уговори, међутим, нису предмет истраживања овог рада, те о овом изузетку неће бити речи. Вид. ЗОО, чл. 65 ст. 4; §6:93 Мађарског грађанског законика из 2013. године – МГЗ; чл. 86 ст. 2 пољског Грађанског законика из 1964. године – ПГЗ.

II О изузецима предвиђеним законом

1. Свест сауговарача о превари која потиче од трећег

Први изузетак од правила да превара од стране трећег нема утицаја на пуноважност уговора предвиђен је у случају када сауговарач (жртве преваре) за њу зна.²

Идеју која се стоји иза овог изузетка није тешко разумети. Сауговарачу не би требало пружити заштиту и очувати уговор уколико је био свестан да је другу страну неко обмануо, а притом није предузео ништа да то спречи правилно је информисању.³ Другачије уређење би подразумевало да се благонаклоно гледа на то што сауговарач извлачи корист из понашања које би, да га је сам учинио, несумњиво довело до рушљивости уговора. Свест о превари трећег и злоупотреба такве ситуације, обесмишљава чињеницу да превара није директно последица радњи сауговарача. Ћутањем, он такође доприноси стварању мане у вољи друге стране, оставивши је у заблуди. Стога, сауговарач се не би могао оправдано позвати на то да превара потиче од трећег и тиме спречити поништење уговора.⁴ *Fraus est celare fraudem* – пропустивши да је извуче из заблуде, и он сам врши превару.⁵ Такво понашање га чини саучесником трећег.⁶

2 ЗОО, чл. 65 ст. 3; Италијански грађански законик из 1942. године (*Il Codice Civile Italiano*) – ИГЗ, чл. 1439 ст. 2; Швајцарски законик о облигацијама из 1911. године (*Code des obligations*) – ШЗО, чл. 28 ст. 2; Аустријски грађански законик из 1811. године (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) – АБГБ, §875; немачки Грађански законик из 1896. године (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – БГБ, §123 ст. 2; Француски грађански законик из 1804. године (*Code civil*) – ФГЗ, чл. 1138 ст. 2.

3 Christian von Bar, Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, full edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Munich, 2009, 516.

4 „*The wholesome maxim of the law upon this subject, is, that a party who enables another to commit a fraud is answerable for the consequences.*“ Вид. Justice Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, London, 1920, 156.

5 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 303; Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, 297; Vilim Gorenc (ур.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2014, 438. У случају обмањујућих реклама произвођача, купац би могао да захтева поништење уговора ако је продавац, из свог професионалног искуства, знао да особине производа не одговарају тврдњама из рекламе, јер је дужан да о томе обавести купца. Bruno Schmidlin, *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz, Franz Werro (eds.)), Bâle, 2012, 257.

6 У нашем праву, саучесником се сматра и онај сауговарач који је „само“ био свестан преваре и њу искористио; није неопходно да се докаже да је између сауговарача и трећег постојао претходни договор о преварном поступању трећег. Вид. ЗОО, чл.

У правним системима која изричито регулишу превару ћутањем,⁷ могло би се, међутим, поставити питање реалне потребе за посебном нормом којом се предвиђа да превара од стране трећег утиче на пуноважност уговора ако је сауговарач за њу знао. Овим системима, према преовлађујућем схватању у нашој теорији и скромној судској пракси,⁸ припада и наше право. Наиме, према чл. 65 ст. 1 ЗОО, уговор се може поништити због преваре онда када једна страна изазове заблуду код друге стране или је одржава у заблуди у намери да је тиме наведе на закључење уговора.⁹ Ако се пође од преовлађујућег схватања, да се преваром сматра свако ћутање сауговарача, када је свестан заблуде друге стране, оправдано се поставља питање зашто је законодавац имао

65 ст. 3. „Ако је између уговарача и трећег неког било споразумљења, саучешћа, не баш онаквог као што се тражи у кривичном праву, него ако је само уговарач знао за превару трећег лица, нехтевши обавестити о томе другу страну, то ће дати повода да се уговор поништи.“ Ђорђе Павловић, *О обвезносћима и уговорима уопшћене*, Београд, 2014, 213. За спор о тумачењу чл. 1138 ст. 2 ФГЗ и значењу појма „*tiers de connivence*“ вид. Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, 264–265; Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 44; Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016, 20; Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat, Tome 1: Le contrat, Le consentement*, Paris, 2013, 1171; Jean Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1956, 99.

7 ФГЗ, чл. 1137 ст. 2.

8 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2007, 178; Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и Сиварно право*, Београд, 1927, 234; С. Перовић, 301–302; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2007, 311–312; Игор Вујовић, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Београд, 2009, 66; Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд, 1990, 263; Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука, књига 4, свеска 1*, бр. 36.

9 Из формулације назначеног дела одредбе није једноставно закључити да ли је законодавац имао у виду (а) ситуацију у којој једна страна, увидевши да је друга у заблуди, активно подржава у њој или (б) да се „одржавањем у заблуди“ може сматрати и само пасивно понашање, ћутање уз свест о заблуди. Вид. Драгор Хибер, *Појам бићине заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд, 1991, 209. У прилог првом тумачењу иде чињеница да је законодавац на другом месту изричито обухватио намерно прећуткивање као облик преварног поступања. Вид. ЗОО, чл. 908. Могло би се тврдити да је законодавац ћутање желео да санкционише само у одређеним случајевима. То би оправдало постојање посебне норме којом се уређује случај преваре која потиче од трећег, када за њу зна сауговарач. Ипак, ово тумачење не доводи до прихватљивих резултата: пасивно понашање санкционисало би се само када сауговарач прећути уочену превару од стране трећег, не и када, свестан заблуде друге стране, њу искористи и закључи уговор. Са друге стране, могло би се аргументовати да је законодавац ове две ситуације видео као различите: у првој, заблуда је изазвана, она је последица нечијих преварних радњи; у другој се, пак, њен узрок не зна, могла би то бити чак и непажња саме жртве заблуде, коју друга страна „само“ искоришћава.

потребе да изричито уреди и случај када је сауговарач свестан да је та заблуда изазвана преваром од стране трећег. Однос ове две норме је однос општег према посебном. Норма о превари ћутањем је у том смислу општијег карактера и њен домен је много шири: њоме се покривају све оне ситуације у којима је сауговарач свестан заблуде друге стране, без обзира на то шта ју је узроковало; утолико пре се њоме покривају и они случајеви када је та заблуда последица радњи трећег.

2. Претпостављена свест сауговарача о превари трећег

Постоје и правни системи у којима се отишло корак даље. У њима, превара трећег има утицаја на закључени уговор не само онда када је сауговарач за то знао, него и када је *морао знаћи*. Ово решење је, поред швајцарског, аустријског и немачког, прихваћено и у нашем праву.¹⁰ Према чл. 65 ст. 3 ЗОО, ако је превару учинило треће лице, превара утиче на сам уговор ако је друга уговорна страна у време закључења уговора знала или *морала знаћи за превару*.

У упоредном праву, правило да се уговор може поништити и када сауговарач није знао, али је морао знати за превару трећег, значајну примену има нарочито у две групе случајева: закључења уговора преко заступника и закључења уговора о јемству преваром од стране дужника. Наиме, посебно су чести примери када заступник или дужник (код уговора о јемству) прећуте жртви заблуде информацију о чињеници која има значајан утицај на њену вољу да закључи уговор, при чему је таква информација истовремено била позната сауговарачу (заступаном;¹¹ повериоцу код уговора о јемству¹²). Иако не мора нужно бити свестан

10 ШЗО, чл. 28 ст. 2; АБГБ, §875; БГБ, §123 ст. 2.

11 Вид. одлуку француског Касационог суда (*Cour de cassation* – ФКС) од 13. октобра 1999. године, бр. 97–16160 (све цитиране одлуке овог суда доступне су на <https://www.legifrance.gouv.fr/>, 1. 10. 2017): агент за некретнине је прећутао купцу да је сусед покренуо поступак престанка службености; суд усвојио захтев за поништење уговора и установио солидарну одговорност продавца и агента за некретнине, образлажући је тиме да је и продавац био свестан проблема око службености. Вид. одлуку ФКС 15. јула 1999. године, бр. 97–17523: продавац је пренео овлашћење о продаји аутомобила на гаражисту-професионалца, који је прећутао купцу да је ауто претрпео саобраћајну несрећу. Суд је поништио уговор и утврдио солидарну одговорност продавца и заступника, јер је продавац ове информације такође поседовао.

12 Више о томе у Christophe Albiges, Marie-Pierre Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Paris, 2015, 60 и даље; Philippe Simler, Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, 2016, 80; Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcief, sous la direction de Jacques Ghestin, *Les sûretés personnelles*, Paris, 2010, 243 и даље; John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London, 2012, 813; Anthony Duggan, Michael Bryan, Frances Hanks, *Contractual Non-Disclosure, An Applied Study in*

преваре ћутањем, није ли сауговарач био дужан да се увери да нема заблуде друге стране? Његова кривица, стога, може бити и у томе што је непажњом пропустио да уочи превару трећег и да спречи настанак заблуде. Поједини аутори такав пропуст сликовито објашњавају као „преварно слепило“ („*fraudulent blindness*“).¹³

Добра страна оваквог решења је у томе што се отварају врата поништењу уговора и онда када заблуда није битна, што је примера ради случај са заблудом о мотиву. Примена правила о заблуди у овом случају, осим изузетно,¹⁴ не би била могућа, те би жртва преваре била дужна да изврши уговор у који је преваром увучена.

Али, може ли бити речи о превари, у правом смислу, ако сауговарач није знао, али је *морао знати* за превару трећег?

Овакво релативизовање појма преваре се у теорији оправдава тиме да и у овом случају постоји кривица сауговарача жртве преваре. Сауговарач је крив и мора сносити последице преваре и онда када за превару од стране трећег није знао, али је „према једном општем току ствари требало да зна за такве радње“;¹⁵ односно, када „због своје непажње за њу није знао“;¹⁶ када „није употребио онај степен пажње који се иначе захтијева у таквим ситуацијама“.¹⁷ Кривица сауговарача је, дакле, у пропусту да уочи превару од стране трећег, односно, и више од тога – у пропусту да уочи заблуду жртве преваре. Овакав пропуст за последицу има и пропуст да се отклони заблуда обавештењем о превари трећег.¹⁸ Стога, ако сауговарач тада није ништа предузео да отклони заблуду, и он чини превару, те се уговор може поништити. Решење је засновано на једном „друштвеном стандарду“, које „доследно придаје значај чињеници савесности уговорника“.¹⁹

Иако се начелно може подржати идеја да се уговор може поништити и онда када је заблуду скривио сауговарач, макар и тиме што је пропустио да уочи превару трећег, чини се прилично вештачким, фиктивним,

Modern Contract Theory, Melbourne, 1994, 82–83; Вид. и случај *Barclays Bank Plc v. O'Brien* у Andrew Burrows, *A Casebook on Contract*, Oregon, 2016, 810 и даље; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford, 1998, 428.

13 Вид. J. Story, 162;

14 Вид. ЗОО, чл. 62;

15 Вид. С. Перовић, 303;

16 Стојан Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима* (Борислав Благојевић, Врлета Круљ (ред.)), Београд, 1980, 204.

17 Б. Визнер, 297.

18 „*Si l'autre partie connaissait le dol ou aurait dû le connaître, elle est obligée d'y rendre attentive la victime. Sinon, elle viole son devoir d'information.*“ (наше наглашавање) Вид. V. Schmidlin, 256.

19 С. Перовић, 303.

овакво понашање подвести под појам *преваре*. Превара претпоставља намеру, а намере не може бити без свести о превари трећег и заблуди сауговарача. Поред тога, нејасно је зашто се сауговарачева непажња у нашем праву санкционише само онда када је пропустио да уочи превару трећег. Као што је поменуто, иза овог пропуста се крије прави разлог рушљивости – пропуст да се уочи заблуда сауговарача. Ако је сауговарач могао знати за заблуду жртве, али је из непажње пропустио да је уочи, то би му требало увек замерити, а не само онда када је заблуда последица радњи трећег. Законодавац је несумњиво желео да пружи ширу заштиту жртви заблуде, али је у тој намери стао на пола пута.

III Критика ограниченог дејства преваре која потиче од трећег и њена оправданост

Правило да превара од стране трећег нема у сваком случају дејства на пуноважност закљученог уговора, наишла је на критику једног дела упоредноправне доктрине.

Поједини аутори корене ограничења могућности поништења уговора у случају преваре од стране трећег налазе у деликтном карактеру преваре у римском праву: *actio* и *exceptio doli* могли су се, наиме, употребити само против аутора преваре.²⁰ Та чињеница послужила је истовремено и као основ критике задржавања оваквог решења у савременом праву – оно је у савременом контексту „нелогично и не представља ништа више од историјског реликта“.²¹ На терену мана воље, превара требало увек да учини уговор рушљивим, без обзира на то од кога потиче. „Воља жртве“, како се додаје, „није ништа мање искварена када преварне радње потичу од трећег, а не сауговарача“,²² те би жртви преваре требало пружити заштиту на идентичан начин.

Мада има својих оправдања, заштити воље се озбиљно супротставља потреба заштите правне сигурности²³ и интереса невиног сауговарача жртве,²⁴ оличених у теорији поверења:²⁵ опредељењем да се

20 Вид. према Alfred Rieg, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, 162; Pierre Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, Université de Lille, 1955, 178.

21 Види о томе у J. Ghestin, G. Loiseau, Y. Serinet, 1169.

22 Patrick Chauvel, „Dol“, *Rép. civ. Dalloz*, juin 2014, 33.

23 „Entre l'impératif de justice contractuelle, qui pousse à libérer la victime d'un contrat qu'elle n'a conclu que par erreur, et l'impératif de sécurité juridique, qui postule que le contrat soit maintenu afin que les intérêts du cocontractant innocent ne soient pas sacrifiés, notre système juridique a opté, de longue date, pour la sécurité.“ Вид. G. Chantepie, M. Latina, 264–265.

24 P. Chauvel, 33.

25 С. Цигој, 204.

штити воља по сваку цену, отворио би се пут ка поништењу уговора увек онда када је она манљива, што би у крајњем могло озбиљно да угрози правну сигурност. Стога се ни у једном правном систему не даје апсолутни примат вољи.²⁶ Када превара потиче од трећег, ограничења су у томе да се терет такве преваре може превалити на сауговорача (жртве обмане) само у случају када ју је сам скривио.²⁷ У одсуству кривице, интерес невиног сауговорача да уговор остане на снази, сматра се претежнијим од интереса жртве преваре да из њега изађе. Томе се додаје и аргумент да сврха поништења уговора није само у репарацији недостатака у вољи, већ оно представља и начин да се санкционише преварно поступање. Сауговорач жртве не би требало да трпи такву казну онда када није актер понашања због ког се она изриче, односно, када му се то понашање ни на који начин не може импутирати.²⁸ Коначно, управо се у кривици сауговорача, намери да обмане, огледа разлог проширења круга случајева заблуде који уговор чине рушљивим:²⁹ поништај се онда може захтевати и када заблуда није битна. Домен правила о заблуди је у том смислу далеко рестриктивнији.

Али, питају се поједини писци, зашто законодавац прави уступак у случају претње?³⁰ Наиме, у већини правних система, па и нашем,³¹ претња увек утиче на пуноважност закљученог уговора, чак и када потиче од трећег, независно од тога да ли је сауговорач за њу знао или могао знати.³² Зашто нису на идентичан начин регулисане последице претње и преваре које потичу од трећег?

Лепеза објашњења који се могу наћи у теорији, широка је.

Поједини писци градирају превару и претњу према њиховој тежини:³³ тако, Малори (*Malaurie*) и Енес (*Aynès*) претњу сматрају

26 О овим ограничењима више у Hein Kötz, Axel Flessner, *European Contract Law*, vol. 1, Oxford, 1997, 178 и даље; Драгор Хибер. „Нескривљеност заблуде“, *Архив за правне и друшћивене науке*, април-јун 1992. године, бр. 2, 267 и даље.

27 Andreas von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, premier volume, Lausanne, 1929, 267.

28 Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2008, 322; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Cours de droit civil, Les obligations*, Paris, 1993-1994, 234.

29 J. Ghestin, G. Loiseau, Y. Serinet, 1170.

30 P. Bonassies, 178 и фн. 188.

31 Вид. ЗОО, чл. 61; ФГЗ, чл. 1142; БГБ, §123; ШЗО, чл. 29. Има, пак, система, као што је аустријски, у коме су на истоветан начин регулисане последице преваре или претње које потичу од трећег: према §875 АБГБ, тек уколико је сауговорач учествовао у радњи трећег (превари или претњи) или је он њој очевидно морао знати, уговор се може поништити.

32 Савесност сауговорача евентуално може имати утицаја на право да се захтева накнада штете услед поништење. У вези са тим вид. ШЗО, чл. 29.

33 О томе види и у Ћ. Павловић, 209.

„озбиљнијим друштвеним проблемом“;³⁴ Перовић маном која „у већем степену утиче на слободу воље“³⁵; Маркесинис (*Markesinis*), Унберат (*Unberath*) и Џонстон (*Johnston*) „тако тешким недостатком у процесу закључења уговора због чега се право на поништење даје без обзира на то ко је извршио притисак да се да изјава воље“³⁶.

Међутим, ниједан од ових аутора не образлаже свој став. Тврдња да је претња тежи деликт од преваре захтева да се понуди макар какав критеријум на основу кога би се то могло закључити. Треба поменути да безизузетна могућност поништења уговора код претње, нема превентивни значај као приоритетни циљ. Када претња потиче од трећег, поништењем се не може сузбити такво понашање. То води закључку да је законодавац ипак имао у виду други циљ – заштиту воље жртве претње. Али то нас враћа на питање: зашто се на једнак начин не штити и воља жртве преваре? Понуђен одговор, да се претњом у већем степену утиче на слободу воље, тешко је применити у сваком случају. Појавних облика претње и преваре је много – како са сигурношћу проценити шта у већој мери погађа вољу и интересе жртве, али и опште интересе?

Карбоније (*Carbonnier*), пак, разлог слабије заштите жртава преваре види у кривици: постоји одређени степен кривице жртве што је дозволила да буде преварена.³⁷

И овом аргумену би се могло приговорити да нема апсолутну примену. Тешко да се може безизузетно тврдити да је жртва преваре увек крива што је дозволила да је неко обмане. Можда би се то, примера ради, могло рећи онда када је аутор преваре лице у чије се изјаве и њихову истинитост жртва преваре није смела разумно поуздати или онда када је жртва имала прилике да се на једноставан начин сама информира о свим релевантним околностима, макар и од саговорача. То, пак, није увек случај.³⁸

Гестен (*Ghestin*) разлог жире заштите жртава претње види у томе што, за разлику од преваре, код претње не постоји алтернативан начин да се заштити њена воља.³⁹ Наиме, немогућност поништења уговора због

34 „*La violence... constitue un trouble social plus grave que le dol*“ вид. P. Malaurie, L. Aynès, 234.

35 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва* (Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ред.)), Крагујевац 1980, 255.

36 Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oregon, 2006, 315.

37 „*il y a une certaine faute à se laisser duper*“, вид. J. Carbonnier, 99.

38 Тако, примера ради, ако купац купи ствар од продавца, мотивисан обмањујућом рекламом тог производа од стране произвођача, да ли се оправдано може рећи да је крив што је дозволио да буде обманен?

39 J. Ghestin, G. Loiseau, Y. Serinet, 1169.

преваре, не значи да ће жртва у сваком случају бити заробљена у њему. Последице оваквог решења значајно су ублажене тиме што се она може позвати на правила о заблуди и тако исходити поништење уговора.⁴⁰ У незавидној позицији, жртва преваре ће се наћи тек онда када се заблуда не може означити као битна или уколико се утврди да је за сопствену заблуду и сама делом крива.⁴¹ Са друге стране, жртва претње овакву алтернативу нема. Једини начин да њена воља буде заштићена јесте да се омогући поништење уговора у сваком случају.

Иако има одређену тежину, ни овај аргумент не даје одговор на питање зашто се у сличним чињеничним околностима на сауговорача преваљују последице претње, али не и преваре која потиче од трећег. Примера ради, зашто се уговор о јемству може поништити када јемац пристане да јемчи услед претње од стране дужника, али не и када га је дужник обмануо о својој лошој финансијској ситуацији. Заблуда о лошој финансијској ситуацији дужника је типична заблуда о мотиву, те поништење не би било могуће применом правила о заблуди. У првом случају би поништење било дозвољено и на уштрб интереса невиног сауговорача, док би се у другом жртва само упутила да накнаду штете захтева од дужника.

Разлог оваквог несклада у законским решењима могао би се објаснити и на још један начин. Наиме, када је реч о претњи, постоји свесни несклад између унутрашње и изјављене воље. Жртва не жели заиста закључење уговора, али изјављује вољу која не одговара стварној зато што је под утицајем претње. Ту нема недостатка у процесу формирања воље, већ у њеном изјављивању. Са друге стране, у случају преваре од стране трећег, унутрашња и изјављена воља жртве се поклапају. Она изјављује оно што заиста жели, јер није свесна да жели погрешно, да је њена воља формирана на нетачној представи.⁴² Несклад не постоји између унутрашње и изјављене воље, већ између онога што се (погрешно) хоће и онога што би се хтело да је жртва имала потпуне и тачне информације. Ту се проблем јавља још у процесу формирања воље, а не у њеној изјави. А шта утиче на процес формирања воље, којим

40 P. Chauvel, 34; Didier Poracchia, „Les vices du consentement – Le dol et la violence“, *Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit du contrat*, Octobre 2001, 207–31.

41 Поједини системи, као један од услова за поништење уговора због заблуде, постављају захтев да заблуда буде „извињавајућа“, нескривљена. Вид. ЗОО, чл. 63 ст. 2. Иако је трећи несумњиво крив за заблуду, не може се унапред рећи да је жртва ослобођена сваког прекора: уколико је превару једноставно могла избећи, сматраће се да је својом непажњом дозволила да буде обманена. Жртва би тада свакако могла да захтева од трећег накнаду штете коју трпи извршењем, према правилима о вануговорној одговорности. О овом праву вид. G. Chantepie, M. Latiņa, 264; K. Zweigert, H. Kötz, 427; P. Chauvel, 34; A. von Tuhr, 267–268.

42 Вид. о томе и у С. Перовић, 287 фн. 510.

се мотивима страна водила, понекад је објективно тешко сазнатљиво. Како се наводи, „насиље се јавља у спољним делима или знацима и може се тачно оценити; а превара збуњује, смета само памет, и игра се интелигенцијом уговарача.“⁴³ Стога, законодавац уступак – могућност поништења уговора – чини када се ти мотиви односе на околности које се у промету сматрају битним, прецизније, када је заблуда жртве битна,⁴⁴ али не и онда када они не задовољавају чак ни тај критеријум.

Овај део закључићемо тиме да тако очигледно различите законске последице преваре и претње које потичу од трећег није могуће једноставно теоријски објаснити. То је видљиво већ на основу разноврсности понуђених објашњења; критика сваког од њих то додатно потврђује. Иако имају своју тежину, ниједно објашњење, само по себи, није довољно да оправда ту разлику у сваком појединачном случају. Ипак, једно делује сигурно: критика различитог уређења последица преваре и претње која потиче од трећег пре би могла да доведе до тога да се преиспита оправданост решења о апсолутном утицају претње од стране трећег на пуноважност уговора, него што би могла да представља довољно оправдан разлог да се правила о превари уподобе правилима о претњи. Томе би се могло додати да, иако постоје системи који их уређују на јединствен начин,⁴⁵ нама није познато да постоје системи који у оба случаја несумњиво дају примат заштити воље, дозвољавајући поништење у сваком случају када је она манљива.

IV Утицај преваре која потиче од трећег на пуноважност уговора у случајевима када сауговарач за њу није знао нити морао знати

1. Утицај преваре која потиче од трећег код закључења уговора у корист трећег

Ограничен домет правила да превара од стране трећег има утицаја на закључени уговор само уколико је сауговарач за њу знао или морао знати, нарочито долази до изражаја код уговора у корист трећих. Природа ових уговора (уговарање користи за трећег) је таква да при њиховом закључењу постоји значајно већи ризик „мешања“ трећег лица и његовог утицаја на вољу једног од сауговарача. Какве могућности има стипулант онда када га бенефицијар преваром наведе да уговори корист за њега?

43 Види о томе у Ђ. Павловић, 212–213.

44 Вид. ЗОО, чл. 61–62.

45 Вид. АБГБ, §875.

У упоредном праву се изузетно ретко изричито уређује ово питање. Немачки правни систем, у том погледу, представља изузетак. Према §123 (2) БГБ-а, ако неко треће лице стиче право из уговора који се закључује, изјава којом се уговара корист за њега може се поништити у односу на њега, у случају када је трећи знао или морао знати за превару. Као што се може видети, овом одредбом се онемогућава да уговорена корист производи дејства према бенефицијару не само онда када је он непосредно био аутор преваре, већ и када је аутор преваре неко сасвим треће лице, али је бенефицијар за ту превару знао или морао знати.⁴⁶

У нашем праву, ово питање није изричито регулисано. Могућност стипуланта да опозиве користи, само делимично ублажава проблем.⁴⁷ Али, шта када опозив није могућ?

Швајцарски писац Шмидлин (*Schmidlin*) износи идеју да би се „уговор могао поништити“, у случају да „стипулант обавести дужника да је био жртва преваре од стране бенефицијара“,⁴⁸ образлажући свој став разлозима правичности: неправично би било да бенефицијар, аутор преваре, може захтевати извршење престације уговорене у његову корист. Поред тога, додаје, и сам дужник би поступио несавесно уколико би, упркос обавештења стипуланта, извршио престацију бенефицијару. У том смислу, „и накнадна несавесност (дужника) шкоди – *mala fides superveniens nocet* – те се аналогно има применити правило чл. 28 ст 2 ШЗО“⁴⁹ (о превари). Међутим, и по сопственом признању аутора, овакво схватање има једну озбиљну ману: како може уговор који је пуноважно настао, јер сауговорач (дужник) у тренутку закључења уговора за превару није знао нити морао знати, накнадно постати рушљив? Разлози правичности то не могу променити.

Нама се чини, али не без ограда, да би аналогна примена правила о превари могла изгледати и другачије. Наиме, имајући у виду специфичну природу уговора у корист трећег, али и чињеницу да иза њега стоји однос стипуланта и бенефицијара који објашњава зашто је корист уговорена, могло би се разматрати да се пуноважност одредбе којом је уговорена корист не оцењује у односу на сауговорача (да ли превара потиче од њега или је за њу знао или морао знати), већ у односу на бенефицијара.⁵⁰ То би омогућило да се уговор само делимично поништи,

46 О овоме више у А. Rieg, 164.

47 Вид. ЗОО, чл. 150.

48 В. Schmidlin, 256.

49 В. Schmidlin, 257.

50 Штавише, у случају да стипулант из добротних побуда уговара корист за бенефицијара, превара било ког лица би требало да утиче на пуноважност ове

тако што би био лишен само дела којим се корист уговара за *треће*. Тиме би, истовремено, били очувани и интереси сауговарача: дејства делимичног поништења била би слична дејствима опозива користи.

Мада би овакав предлог могао да помогне у решавању проблема преваре од стране трећих код уговора у корист трећих, тешко га је правно образложити. Он захтева озбиљну анализу, нарочито природе уговора у корист трећих, што превазилази оквире овог рада. Неспорна је чињеница да доследна примена одредаба нашег закона о превари налаже да жртва преваре може захтевати поништење уговора само уколико је *сауговарач* за превару од стране трећег знао или морао знати. Стога, како би се проблем преваре која потиче од трећег, код уговора у корист трећег, решио на адекватан и неспоран начин, чини се неопходном допуна постојећих одредаба закона.

2. Супротстављивост сауговарачу преваре која потиче од одређених „трећих“ лица

Бројни примери из упоредноправне судске праксе показују да се судови нису зауставили на томе да жртви преваре пруже заштиту само уколико је сауговарач за превару знао или морао знати. Наиме, судови су, када превара потиче од појединих трећих лица, њу импутирала сауговарачу, као да ју је сâм учинио, дозвољавајући поништење и мимо законом предвиђених изузетака. Како би, пак, остали у оквирима законских правила и избегли *contra legem* пресуђивање, своју одлуку образлагали су тиме да се поједина лица (аутори преваре), уопште не могу сматрати „трећим“, макар не у смислу одредаба о превари, јер припадају тзв. „кругу сауговарача“ („*cercle du contractant*“).⁵¹

Када се ствари посматрају на овакав начин, нужно се намеће питање: која се лица не сматрају трећим у домену одредаба о превари? Чије преварно поступање се увек може супротставити сауговарачу и довести до поништења закљученог уговора?

а) Превара која потиче од заснуивача сауговарача

Упоредноправна доктрина и судска пракса једногласно прихватају став да заступнике сауговарача жртве преваре не би требало сматра-

одредбе. Вид. у складу са ЗОО, чл. 65 ст. 4. Добротини, али и једностранни правни послови се традиционално изузимају из општег правила о дејству преваре која потиче од трећег. Више о томе у J. Ghestin, G. Loiseau, Y. Serinet, 1172–1173; M. Fabre-Magnan, 323; P. Chauvel, 34; Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laitier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 207 фн. 289; D. Poracchia, 207–31.

51 B. Schmidlin, 255.

ти „трећим“, у смислу одредаба о превари.⁵² Утицај оваквог схватања је био довољно снажан да је француски законодавац, изменама Грађанског законика, унео изричиту одредбу о томе да превара која потиче од заступника увек има утицаја на пуноважност закљученог уговора.⁵³

Иста схватања присутна су и у нашој теорији. Још је Павловић истицао да се „не може се узети да је превару учинило треће лице, кад оно представља једну страну“.⁵⁴ Тако, наводи овај аутор примера ради, трећим се не може сматрати „тутор, у односу к малолетнику, муж у односу к жени, ако управља њеним имањем, или пуномоћник у односу к властодавцу.“⁵⁵ „Уговор у том случају пада, а страна која је вукла корист, мора све што је добила да врати“.⁵⁶ Слично наводе и савремени писци.⁵⁷

Бонаси (*Bonassies*) с правом поставља питање: шта оправдава асимилацију преваре трећег са преваром сауговарача, упркос томе што за превару није знао нити могао знати?⁵⁸

Када се ради о одређеним врстама заступништва, као што је случај са законским заступањем правних лица, оваква асимилиција се чини потпуно природном, разумљивом. Правна лица се и не могу замислити без неког ко ће испољити њихову вољу, а то су најпре његови органи, али и запослени који раде на таквим пословима чије обављање подразумева, између осталог, и закључење одређених уговора.⁵⁹ Зато се радње ових лица приписују радњама правног субјекта чије функције обављају. То подразумева не само да ће уговор закључен под преваром бити рушљив, него ће правно лице (сауговарач) сносити и последице у виду обавезе на накнаду штете, солидарно са аутором преваре.⁶⁰

52 За француско право вид. D. Poracchia, 207–33; J. Ghestin, G. Loiseau, Y. Serinet, 1170; P. Bonassies, 179; За швајцарско право вид. A. von Tuhr, 267–268; B. Schmidlin, 255. За немачко право вид. Вид. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 305; A. Rieg, 164. За став енглеских судова вид. K. Zweigert, H. Kötz, 427; Page Keeton, „Fraud – Concealment and Non-Disclosure“, *Texas Law Review*, vol. XV, 1936, 10–11.

53 Вид. ФГЗ, чл. 1138.

54 Ћ. Павловић, 213.

55 Ћ. Павловић, 213.

56 Ћ. Павловић, 213.

57 Вид. С. Цигој, 204. Према Горенцу, који коментарише исту одредбу хрватског Закона о обвезним односима, трећим особама се не сматрају заступници, јер „за њих сууговаратељ одговара као за властите изјаве“. V. Gorenc, 438.

58 P. Bonassies, 183.

59 То су тзв. пуномоћници по запослењу. Вид. Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, последње измене у 5/2015, чл. 34 ст. 1.

60 Одговорност за штету се у нашем праву заснива на ЗОО, чл. 170–172, којима се регулише одговорност послодавца, односно, правних лица, за штету коју причине њихови запослени, односно, органи, трећим лицима.

Али такво објашњење не стоји у односу на сваки вид заступања.⁶¹

Шта онда представља оправдање да се невином сауговарачу импутирају последице преваре од стране заступника?

Постоји најмање неколико аргумената који се могу изнети у прилог оваквог решења.

Прво, иако несумњиво представљају „трећа лица“ у односу на уговор који се закључује, јер уговор непосредно производи правна дејства за заступаног и жртву преваре,⁶² заступници иступају у име (и за рачун) једне уговорне стране, преносе њену вољу, представљају њен *alter ego*.⁶³ Радње које заступник предузима, вршећи своја овлашћења, морају се приписати заступаном, јер потенцијални сауговарачи једино са првим преговарају и поуздају у то да су његове изјаве заправо изјаве заступаног.

Друго, сауговарач жртве преваре најчешће може самостално закључити уговор, али бира да то у његово име учини неко трећи. Ако користи привилегију коју му правни поредак признаје, да препусти заступнику закључење уговора, у најмању руку је „праведно“⁶⁴ да он (заступани) сноси и ризике које таква привилегија са собом носи. Ако је овластио другог да иступа у његово име, заступани мора прихватити да се преварно поступање заступника третира као његово сопствено,⁶⁵ без обзира да ли му је то било познато или морало бити познато.⁶⁶ У конкуренцији интереса једне савесне стране, жртве преваре, и друге савесне стране, сауговарача чији заступник је аутор преваре, морао би да превагне овај први. Поверавањем својих послова заступнику, не могу се потенцијални сауговарачи довести у гори положај него да је заступани самостално предузео одређени посао. Ако заступник своја овлашћења

61 P. Bonassies, 186.

62 P. Chauvel, 35.

63 O. Deshayes, T. Genicon, Y. Laithier, 206.

64 Бонаси (*Bonassies*) управо на разлозима правичности (*raisons d'équité*) заснива асимилацију преваре од стране заступника са преваром која потиче од сауговарача. Вид. P. Bonassies, 187 фн 207.

65 Такво схватање енглеских судова поставио је судија Брамвел (*Bramwell*) још 1878. године у случају *Weir v. Bell*: „Every person who authorizes another to act for him in the making of any contract, undertakes for the absence of fraud in that person in the execution of the authority given, as much as he undertakes for its absence in himself when he makes the contract.“ К. Zweigert, Н. Kötz, 427.

66 К. Zweigert, Н. Kötz, 427. Према чл. II. 7:208 ДЦФР, захтев да сауговарач зна или мора знати за превару поставља се само уколико превара не потиче од лица за које је сауговарач одговоран или лица која имају сагласност да учествују у закључењу уговора. Другим речима, ако потиче од њих, жртви преваре су доступна сва она средства која постоје онда када превара потиче од сауговарача. Вид. С. von Bar, Е. Clive, 515; Р. Malaurie, L. Aynès, 234; J. Carbonnier, 99; М. Fabre-Magnan, 322.

не изврши на начин на који би требало, последице би морао да сноси онај који му је та овлашћења и поверио, јер је он и створио такав ризик. Овакво схватање несумњиво је мотивисано правилом „чија корист, тога и штета“ – заступани извлачи користи из заступања, те је природно да прихвати и ризике које оно носи са собом.

Треће, сауговарач (заступани) своје право да захтева извршење уговора управо заснива на радњама заступника, јер их прихвата као своје. Са друге стране, и превара чини део тих радњи. У том смислу се наводи да је, учествовавши у процесу закључења уговора, заступник својим радњама не само допринео његовом стварању, већ је у њега „ут-као“ и превару, те „сâм уговор није ни могуће одвојити од преваре“.⁶⁷ Другим речима, ако заступникове радње не жели да прихвати као своје, сауговарач онда не може захтевати ни извршење уговора који је тим радњама настао, истицањем приговора да преварне радње потичу од „трећег“. Принцип је, дакле, све или ништа.

Конечно, разлози правичности налажу да, ако има привилегију да се позива на заблуду свог заступника, заступани би требало да сноси и последице заблуде коју је његов заступник изазвао.⁶⁸

У упоредноправној теорији нема сагласности око тога да ли се исто решење може применити и онда када је заступник делао преко граница својих овлашћења. Проблем се посебно јавља онда када за жртву преваре управо изјава заступника којом прекорачује своја овлашћења, представља важан мотив за закључење уговора.⁶⁹

Према Цвајгерту (*Zweigert*) и Коцу (*Kötz*), та околност је ирелевантна: заступник се не може сматрати трећим, ни када је поступао у оквиру својих овлашћења ни када их је прекорачио.⁷⁰ У енглеској и француској доктрини се, пак, истиче да до асимилације долази само уколико је заступник делао у оквиру својих овлашћења.⁷¹

Када је реч о нашем праву, нама се чини да је оно приклоњеније првом ставу. Имајући у виду одредбу чл. 87 ЗОО, кад заступник прекорачи границе овлашћења, заступани је у обавези само уколико одобри прекорачење. У ситуацији када је одобрење дато, проблема нема:

67 P. Bonassies, 187.

68 P. Bonassies, 187 и фн 207.

69 У одлуци ФКС од 29. априла 1998, бр. 96–17540, купац је купио апартман управо због изјаве заступника продавца да се купцу гарантује приход од тог апартмана у висини која је довољна да покрије износ кредита који је узео од банке ради финансирања куповине.

70 Вид. K. Zweigert, H. Kötz, 427.

71 Вид. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 306; M. Fabre-Magnan, 322; P. Chauvel, 35; O. Deshayes, T. Genicon, Y. Laithier, 206 фн. 286.

одобрење има повратно дејство, као да је заступник никада није ни прекорачио своја овлашћења. Са друге стране, уколико заступани одбије да одобри прекорачење, уговор га (у том облику) не може обавезивати.⁷² Али, преварно поступање заступника ће имати утицаја утолико што ће сауговорач солидарно са њим бити одговоран за штету тиме причињену, независно од тога да ли је знао или могао знати за прекорачење.

б) *Превара која ѿишиче од ѿзв. ѿривидних застѿуѿника
и осѿалих ѿмоћника ѿри закључењу уѿвора*

Круг лица која се не сматрају „трећим“, у смислу правила о превари, не своди се само на заступнике.

Најпре, жртвама преваре су, на исти начин као и у случају заступника, француски судови пружали заштиту и у оним случајевима када је превара потицала од тзв. привидних заступника (*mandataire apparent*).⁷³

Установа „привидног заступништва“ (*ostensible, apparent authority*) позната је и енглеском,⁷⁴ а под називом „конклюдентни заступник“ и у нашем праву.⁷⁵ Она представља посебан случај неовлашћеног заступања у коме се према трећима ствара привид да овлашћење заиста постоји, али такав привид ствара управо „заступани“, а не „заступник“ или неко трећи.⁷⁶

72 Да ли уговор може опстати без дела којим је прекорачено овлашћење, ако заступани одбије да да одобрење? Законодавац у чл. 87 ст. 1 ЗОО говори о одобравању *прекорачења*, док у ст. 2 о одобравању *уговора*. Нама се чини да би се овде могао применити исто решење као и у случају делимичне ништавости: одговор би могао да зависи, са једне стране, од тога о каквом је прекорачењу реч и да ли оно представља обавезни елемент уговора те, са друге стране, да ли је сауговорачу то прекорачење представљало одлучујући мотив да закључи уговор.

73 P. Chauvel, 35; Barthélemy Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Levallois, 2016, 106; D. Poracchia, 207–33. Вид. примера ради одлуку ФКС од 23. јануара 2001, бр. 98–21714.

74 Вид. Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Oxford, 2012, 619; Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2010, 692; Guenter Treitel, *The Law of Contract*, London 2003, 712.

75 ЗПД, чл. 32, предвиђа се да, ако друштво у континуитету прихвата да неко лице поступа као заступник на начин којим трећа лица доводи у уверење да има право на заступање, сматраће се да је друштво конклюдентно то лице овластило на заступање, осим ако друштво не докаже да је треће лице знало или морало знати за непостојање овлашћења за заступање тог лица.

76 То, примера ради, може произлазити из конклюдентних радњи „заступаног“ или из посебног односа у коме се налазе „заступани“ и „заступник“. О примерима у енглеској литератури вид. G. Treitel, 712 и даље; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 692–693; M. Furmston, 619 и даље.

Примарна последица „привидног“ заступања јесте у томе да „заступаном“ неће бити дозвољено да се позива на то да у конкретном случају није ни постојало овлашћење за заступање како би избегао извршење уговора.⁷⁷ Међутим, у материји преваре која потиче трећег, проблем се и не јавља због тога што „заступани“ не жели дејства закљученог уговора. Уколико би то био случај, мала је вероватноћа да би се жртва преваре позивала на чињеницу да је реч о „привидном“ заступању и да уговор обавезује;⁷⁸ ако је преваром увучена у такав „уговор“, ни сама неће желети његова дејства. Проблем се, заправо, јавља због тога што „заступани“ жели дејства таквог уговора, али се оградајује од начина на који је он закључен, тврдећи да превара не потиче од њега, већ трећег лица, које у време закључења уговора није ни имало овлашћења да иступа у његово име.

Имајући у виду значајну улогу коју „привидни заступник“ има у процесу закључења уговора, као и чињеницу да је такав привид створио управо „заступани“, француски судови су заштиту жртви преваре пружили на тај начин што ни њих нису сматрали „трећим лицима“. Стога, у домену правила о превари, утврђивање да превара потиче од „привидног“ заступника заправо има значај проширења круга лица чије преварно поступање има утицаја на пуноважност закљученог уговора.

У круг лица која се не сматрају трећим, француски законодавац је последњим изменама уврстио и тзв. лица која служе сауговарачу (*préposé*).⁷⁹ У новијим коментарима ФГЗ, ова категорија се само помиње, али не објашњава. Уопштено се у теорији под појмом *préposé* подразумевају лица која су, у конкретном случају, предузимајући одређене радње у корист сауговарача (господара посла, *commettant*), била са њим у односу ауторитета (*lien d'autorité*).⁸⁰ Међутим, између њих не мора постојати однос заступништва, нити какав други уговорни однос; поред тога, иако обухвата, њихов однос се не своди само на однос послодавца и запосленог, већ се, примера ради, у теорији наводи да *préposé* може бити и пријатељ, супружник или пунолетна деца. Имајући у виду однос ауторитета, те чињеницу да је на сауговарачу лежала дуж-

77 Доктрина о привидном заступништву се у енглеској литератури схвата као примена принципа естопел (*principle of estoppel*): „заступаном“ није дозвољено да спречи дејства које је „привидно заступништво“ произвело, јер је крив за створени привид. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 692; P. Keeton, 10–11.

78 То би евентуално могао бити случај онда када жртва преваре жели само да јој се надокнади штета која јој је преваром причињена, где би се оправдано могло поставити питање да ли би дужник те накнаде солидарно могао бити и њен сауговарач (или „сауговарач“).

79 Вид. ФГЗ, чл. 1138.

80 Више у J. Carbonnier, 419; M. Fabre-Magnan, 291 и даље.

ност да им да прецизне инструкције и(ли) дужност да их надзире, терет њиховог преварног поступања сносиће он.

Конечно, у швајцарском и немачком праву,⁸¹ осим заступника, својство „трећег“ судови нису признавали ни оним субјектима који „иако немају потпуно овлашћење, ипак имају активну улогу у преговорима (тзв. *Verhandlungsgelhilfe*)“. Али, мора бити реч о лицу које уз знање и дозволу сауговарача учествује у преговорима, и то на тај начин што дела „на његовој страни“, водећи рачуна о његовим интересима.⁸² У том смислу се посредници, који иступају у интересу обе, а не само једне стране, сматрају трећим лицима.⁸³ Слично се предвиђа и у ДЦФР.⁸⁴

81 И у коментару чл. 284 Закона о обвезним односима, који је готово идентичан чл. 65 ЗОО, Горенц наводи да се „не сматрају трећим особама преноситељи очитовања (чл. 283 ЗОО-а), ни заступници (чл. 284 ЗОО-а) јер за њих сууговаратељ одговара као за властите изјаве.“ Вид. V. Gorenc, 438.

82 Став немачког Савезног суда (*Bundesgerichtshof*) уопштено се представља на следећи начин: „where a person is 'on the side' of the contracting party and contributes considerably to the conclusion of the contract, then the deception ought to be imputed regardless of whether the party to the contract could have known of the deception“. Вид. В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 305; „one who allows negotiations to be conducted on his behalf by someone else must accept that that person's fraud will be treated as his own.“ Н. Kötz, А. Flessner, 205. У коментару немачког БГБ-а се под појам *Verhandlungsgelhilfen* подводе сва лица која нису овлашћена за заступање, већ само посредују при закључењу уговора. Примера ради, то може бити посредник (*Makler*), али и трговински заступник (*Handelsvertreter*), који само припрема закључење уговора. Вид. Helmut Heinrichs, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, band 7, München 2002, 167. Фон Тур, само примера ради, наводи трговинске путнике и агенте, али листу тиме не затвара. А. von Tuhr, 267–268. Шмидлин трећима не сматра заступнике, али ни помоћнике (*auxilliaire*), из чл. 55 и 101 ШЗО. Како појашњава, није потребно да међу њима постоји правна веза, већ је довољно да је сауговарач њима „препустио ствар и омогућио да учествују у закључењу уговора“, те би у том смислу „појам помоћника требало тумачити широко“. В. Schmidlin, 255 и фн. 25. Пиоте (*Piotet*) се, такође, изјашњава да се појам помоћника има тумачити широко, подразумевајући под тим, али се не ограничавајући само на, заступнике. Према њему, традиционално разликовање заступника од помоћника (који није ни сауговарач, ни трећи, ни заступник) важна је у контексту утврђивања да ли је постојало овлашћење да се одређени правни посао предузме. Али, ово разликовање није важно у контексту предуговорне одговорности. Paul Piotet, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963, 66 фн 189, 80 и фн 231.

83 Риг (*Rieg*) прецизира да се трећим не сматра *Vermittler*, тј. агенти који припремају акте, док се *Makler* сматра трећим, јер он заступа интересе обе стране. Вид. А. Rieg, 164–165. Вид. В. Schmidlin, 256; Р. Malaurie, L. Aynès, 234. Фабр-Мањан наводи пример да се уговор може поништити ако лаж потиче од агента за некретнине који је заступао продавца. М. Fabre-Magnan, 322. Вид. С. Цугој, 204, где се наводи да се „не сматрају трећим лицима посредници. За њих одговара страна која се њима служи, исто као и за своје поступке.“

84 Према чл. II. – 7:208 DCFR, исте последице као и превара од стране сауговарача наступиће и онда када превара потиче од лица „за чије радње је сауговарач

Практична примена изложених идеја о проширењу круга лица која се не сматрају трећим, у домену одредама о превари, посебно долази до изражаја у случајевима куповине ствари која се финансира кредитирањем од стране трећих лица.⁸⁵ Уговор о продаји и уговор о кредиту јесу два одвојена уговора; иако је главни мотив за закључење овог другог била куповина одређене ствари, превара од стране продавца и евентуално поништење уговора о купопродаји не би могли, по правилу, да утичу на пуноважност уговора о кредиту.⁸⁶

Међутим, начин на који се понекад закључују ови уговори представљало је повод да се преиспита оправданост њиховог строго одвајања. Чест је случај да се уговор о продаји и уговор о кредиту закључују тако што се преговори воде претежно или само између продавца и купца. Продавац се, дакле, често налази у двострукој улози: са једне стране, као сауговорач из уговора о купопродаји, а са друге стране, као лице које, у сарадњи са одређеном кредитном институцијом, предлаже купцу закључење уговора о кредиту, иако формално нема овлашћење да иступа у њено име. Купац често није ни свестан да уговара са различитим субјектима.⁸⁷ Али, и када јесте, купац пред собом има само једног субјекта и са њим обавља сву комуникацију. Незавидна позиција у којој се жртва преваре услед тога често налазила, утицала је на то да судови узимају у обзир управо (преварно) понашање тог субјекта које, иако потиче од трећег, има утицаја и на пуноважност уговора о кредиту.

Чини се да ово није тешко разумети онда када је продавац купцу пружао нетачне информације или прећутао оне које *нейосредно* утичу на доношење одлуке о закључењу *уговора о кредитиу*.⁸⁸ Поверивши про-

одговоран или које је уз сауговорачев пристанак укључен у закључење уговора“. У коментару овог члана наводи се да се то нарочито односи на заступнике и сауговорачеве запослене, али се наглашава да се то може односити и на сва остала лица која су уз сауговорачев пристанак учествовала у процесу закључења уговора. Више у С. von Bar, E. Clive, 515. Поред тога, према чл. II. – 1:105 DCFR, ако је одређено лице уз пристанак сауговорача учествовало у закључењу уговора, онда се, између осталог, сауговорачу има импутирати и његово намерно поступање.

85 Уместо уговора о купопродаји, може бити речи о било ком другом уговору којим се прибавља одређена ствар или услуга; а уместо уговора о кредиту, може бити речи о било ком другом уговору који има исту сврху, нпр. уговор о лизингу.

86 Н. Kötz, A. Flessner, 206.

87 В. Schmidlin, 256.

88 Вид. примера ради ФКС од 23. јануара 2001, бр. 98–21714. Приликом куповине материјала, купац је, на предлог продавца, најпре, закључио уговор о лизингу са једним друштвом, а потом и други, са другим друштвом, за исту ствар, уз боље услове, јер га је продавац погрешно уверио да се другим уговором врши рефинансирање, те да први уговор тиме престаје. Међутим, оба друштва су

давцу тако важну улогу у преговорима о закључењу уговора о кредиту, кредитна институција мора обезбедити да продавац покаже онај степен професионалне пажње који се очекује и од ње саме. У супротном, терет његових грешака, па и преварних радњи мора да сноси кредитна установа.⁸⁹

Али, судови се у упоредном праву нису задржали на томе. Они су поништење уговора о кредиту дозвољавали и онда када се преварно поступање продавца односило на неку околност која је релевантна за доношење одлуке о закључењу *уговора о куйојпродаји*, а не уговора о кредиту. Другим речима, продавац је заправо преваром купца намамио на закључење уговора о купопродаји, а то је тек посредно утицало да купац закључи и уговор којим ће такву куповину да финансира.⁹⁰ У овом случају, превара не само да потиче од трећег, него се и тиче чињеница које су релевантне за закључење неког другог, а не непосредно уговора чије се поништење захтева.⁹¹

Шта је основ поништења уговора о кредиту у овом другом случају?

У теорији се овакав „домино-ефекат“ – поништење „главног“ уговора које води поништењу уговора о кредиту – оправдава посебном везом која постоји између аутора преваре (саговорача из „главног“ уговора) и кредитне институције.⁹² Својим преварним радњама, сауго-

захтевала исплату рате, те је купац захтевао поништење другог уговора о лизингу због преваре која је потицала од продавца. Иако је превара потицала од трећег, који није био заступник лизинг друштва, суд је сматрао да је реч о „привидном заступништву“ (*mandat apparent*), јер је продавац био једини саговорник купцу, презентовао му сва документа неопходна за закључење уговора и ценовнике лизинга установљених од стране другог друштва, те је купац оправдано веровао да је продавац поступао у својству заступника другог друштва. Према схватањима у теорији, давалац лизинга је допринео том лажном утиску. Вид. D. Poracchia, 207–33.

89 B. Schmidlin, 256.

90 Још 1956. године је немачки Савезни суд (*Bundesgerichtshof*) пресудио да у таквом случају клијент може да захтева поништење уговора о кредиту иако је продавац тај који га је преваром навео на закључење уговора о продаји. Н. Kötz, А. Flessner, 206.

91 Вид. одлуку ФКС од 24. маја 1994. године, бр. 92–14344: купац је, на предлог продавца, одлучио да куповину материјала финансира закључењем уговора о финансијском лизингу са друштвом које му је продавац препоручио. Недуго затим, купац је увидео да достављени материјал нема оне карактеристике које су поменуте у рекламном материјалу. Купац је престао да плаћа лизинг рате, а као приговор на захтев, истакао је да је био жртва преваре. Иако продавац није био заступник лизинг-друштва, суд је сматрао да продавац није било које треће лице, већ лице које их је довело у везу, у складу са сарадњом која постоји између кредитне институције и продавца, те се његово преварно поступање може супротставити и лизинг-друштву. Вид. P. Chauvel, 35. Слично и у одлуци ФКС од 13. јуна 1995, бр. 93–17409.

92 B. Schmidlin, 256.

варач из „главног“ уговора је навео другу страну не само на закључење тог, већ и с њиме повезаног уговора о кредиту; закључење „главног“ уговора представљало је основни мотив за закључење уговора о кредиту. У том смислу, сарадња између продавца и кредитне институције, на основу које продавац предлаже купцу конкретан начин на који може да финансира своју куповину, омогућава да плодове продавчевог преварног поступања посредно убира и кредитна установа.

Али да ли се овај аргумент може сматрати довољним да би се кредитној установи могла супротставити превара од стране продавца, чак и онда када се самој кредитној установи не може замерити да је за превару знала или морала знати?

Овај проблем несумњиво отвара друга важна претходна питања: утврђивања појма повезаних уговора, те да ли и под којим условима таква повезаност подразумева да престанак једног нужно води престанку других са њиме повезаним уговорима.⁹³ То, међутим, у значајној мери превазилази оквире овог рада.

На овом месту вреди поменути макар то да је потреба решавања оваквих и сличних проблема утицала да се у потрошачко законодавство европских земаља имплементирају норме којима се изричито уређује могућност да престанак „главног“ уговора доводи до престанка и са њим повезаног уговора о кредиту.⁹⁴ Када је реч о нашем праву, могућност престанка повезаног услед престанка главног уговора је значајно ограничена и своди се, према Закону о заштити потрошача и Закону о заштити корисника финансијских услуга, само на један случај: када се потрошач користи својим правом на одустанак од (главног) уговора.⁹⁵ У овим законима се не помињу дејства раскида или поништења главног на повезани уговор. Иако према дефиницији⁹⁶ повезани уговор о кредиту

93 О „вези недељивости“ (*lien d'indivisibilité*) између уговора, услед које престанак једног доводи до престанка свих, више у D. Pocarchia, 207–35. Вид. и одлуке ФКС: од 17. новембра 1998. године, бр. 96–17363; од 15. фебруара 2000, бр. 97–19793; од 14. децембра 1977, 75–12206; од 11. маја 1999, бр. 96–21592.

94 Вид. примера ради, француски Закон о потрошачима – ФЗП из 2014. године (*Code de la consommation*), чл. L312–55. Вид. енглески Закон о потрошачком кредиту из 1974. године (*Consumer Credit Act*), чл. 56, према коме се сматра да су преговори вођени од стране *заступника* повериоца из уговора о кредиту и онда када је те преговоре водио снабдевач (*supplier*) при закључењу уговора о купопродаји која се финансира на овај начин. Вид. и БГБ, §358–360; Вид. и чл. 15 Директиве о потрошачким кредитима 2008/48/.

95 Вид. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016, чл. 36; Закон о заштити корисника финансијских услуга – ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014, чл. 40.

96 Према ЗЗКФУ, чл. 2 ст. 1 т. 19, повезани уговор о кредиту је уговор који служи искључиво за финансирање набавке одређене робе или услуге и који са уговором о продаји те робе или услуге чини економску целину; економска целина постоји ако

представља економску целину са уговором о продаји робе или услуге, тешко да би се само на основу ње могло закључити да престанак главног доводи до аутоматског престанка са њиме повезаног уговора о кредиту. Да не буде забуне, таква последица не би ни требало да постоји у сваком случају, али потреба заштите потрошача намеће да до тога дође онда када је за раскид или поништење главног уговора искључиво одговоран његов сауговарач.⁹⁷

в) *Превара која пошмиче од пословође без налога и обећаваоца радње трећег у француском праву*

Коначно, у француском праву, најновијим изменама, предвиђена су још два изузетка од правила да превара од стране трећег не утиче на пуноважност уговора.⁹⁸ Реч пословођи без налога (*gérant d'affaires*)⁹⁹ и обећаваоцу радње трећег (*porte-fort du contractant*),¹⁰⁰ чија је имплементација била резултат праксе установљене од стране француских судова.

У односу на ове две категорије лица, поједини аутори с правом истичу да је оправдање за њихово изузимање из категорије „трећих“ много теже наћи.¹⁰¹ Наиме, овакво решење подразумева да ће сауговарач морати да трпи поништење уговора и онда када није имао никакву

давалац кредита користи услуге продавца ради закључивања уговора о кредиту или је роба, односно услуга која је предмет набавке изричито наведена у том уговору.

97 Примера ради, према чл. L312–55 ФЗП, судски раскид или поништење главног уговора доводи до аутоматског престанка уговора о кредиту који је са њим повезан. Штавише, према истом члану, у случају спора у вези са извршењем главног уговора, суд може, док траје такав спор, наложити одлагање извршења уговора о кредиту.

98 Француски законодавац се определио да, уместо општег критеријума, креира листу субјеката чије преварно поступање има утицаја на закључени уговор (чл. 1138 ФГЗ). Такво решење је већ наишло на критику, уз аргумент да се може јавити реална потреба да се ова листа прошири. Из тих разлога је поједини аутори сматрају отвореном, илустративном. Вид. О. Deshayes, Т. Genicon, Y. Laithier, 207; G. Chantepie, М. Latina, 264–265.

99 Вид. одлуку Првог грађанског одељења ФКС од 7. јула 1960. године.

100 Вид. одлуку ФКС од 27. фебруара 1996, бр. 94–11241, у чувеном *Vilgrain* случају. Наиме, директор друштва је, у своје име, али и обећавајући радњу трећих, купио велики број акција по знатно нижој цени од реалне. Продавац је, схвативши да је преварен, захтевао поништење уговора због злонамерног прећуткивања праве вредности акција и накнаду тиме причињене штете. О случају види и у Didier Martin, „Du dol par omission dans une vente d'actions“, *Droit des contrats, Les petites affiches*, 17 fevrier 1997, no. 21–7; P. Chauvel, 35; B. Mercadal, 106; O. Deshayes, T. Genicon, Y. Laithier, 206 фн. 287.

101 O. Deshayes, T. Genicon, Y. Laithier, 207.

свест о томе да је одређени посао предузет у њихово име, а камоли на какав је начин предузет. Поништење ће, стога, бити могуће и онда када се сауговарачу ништа не може приговорити: ни погрешан избор трећег, ни погрешно дате инструкције, ни што је препустио или омогућио трећем да учествује у преговорима за закључење уговора, јер он није ни био свестан да се ти преговори воде. Једино оправдање за овакво решење чини се да је у томе што сауговарач, одобравши посао, односно, приставши да изврши радњу коју је трећи обећао, стиче користи од „мешања“ „трећег“ лица.¹⁰² Његово право да захтева извршење уговора и тиме из њега стекне користи, заснива се на интервенцији трећег лица. Стога, француски законодавац је очигледно сматрао правичним да на њему лежи и ризик које таква интервенција носи, те у конкуренцији интереса жртве преваре и савесног сауговарача, превагу несумњиво дао првима.

V Одговорност за штету која је преваром причињена

Али, једна је ствар дозволити да превара од стране одређених лица има утицаја на пуноважност уговора, а сасвим је друго отворити питање одговорности за штету која је преваром причињена. Може ли сауговарач бити солидарно одговоран за штету коју је неко од поменутих лица причинило, чак и онда када за превару није знао нити морао знати?

И аутори који прихватају да превара од стране заступника увек има утицаја на пуноважност уговора, чак и када сауговарач за њу није ни морао знати, раздвајају ове две последице. Тако, наводи се, иако мора да трпи последице поништења уговора услед преваре која потиче од његовог заступника, заступани није одговоран за штету коју је заступник тиме причинио, осим ако је за њу и сам крив.¹⁰³

Готово само по себи, намеће се питање: шта представља оправдање да се превара од стране заступника импутира заступаном, као да ју је сâм учинио, када је реч о могућности поништења уговора, али не и онда када се постави питање његове одговорности за штету причињену жртви преваре?

102 Такво објашњење је суд дао у поменутој одлуци од 7. јула 1960. године.

103 Према Павловићу, иако се уговор може поништити, „накнада штете тражиће се увек само од представника, тј. од татора, мужа или од пуномоћника, а не од заступаних, осим ако и они нису учествовали у превари.“ Вид. Ђ. Павловић, 213; Р. Bonassies, 184–185 и фн. 203. Француски судови су истог става – одговорност може бити само субјективна. Вид. одлуку ФКС од 29. априла 1998. године, бр. 96–17540; од 13. октобра 1999. године, бр. 97–16160; од 23. маја 1977. године, бр. 76–10716; од 23. септембра 2014. године, бр. 12–19541.

Према швајцарском писцу Пиотеу (*Piotet*), у домену предуговорне одговорности, овакво подвајање је неосновано. Подложност санкцији поништења уговора и одговорност за штету зависе од остварења истих услова, „јер су оне само два различита начина санкционисања истог понашања.“¹⁰⁴ У складу са тим, када је аутор преваре помоћник (*auxiliaire*)¹⁰⁵ сауговарача, под којим се подразумева и заступник, не само што се уговор може поништити, већ се од сауговарача може захтевати и накнада штете која је преваром причињена.¹⁰⁶ Одговорност сауговарача Пиоте сматра одговорношћу *sui generis*,¹⁰⁷ у односу на коју би требало применити правила о одговорности сауговарача за штету која је настала због тога што је лице којим се служила нетачно пренело њену вољу.¹⁰⁸ У том смислу, услов сауговарачеве одговорности није његова кривица, већ кривица његовог помоћника.¹⁰⁹ Поверавајући заступнику (или другом помоћнику) моћ да пренесе његову вољу, сауговарач сам ствара ризик да се то поверење изигра; на њему је, стога, да последице остварења тог ризика и сноси. Ситуација је, пак, сасвим другачија онда када трећи својевољно „узурпира“ улогу помоћника коју му сауговарач није сам поверио – у том случају одговорности сауговарача нема, јер му се не може пребацити да је створио ризик да се његово поверење изигра у преношењу његове воље.¹¹⁰

Мада се Пиотеове идеје чине разумљивим, јер ризик штетних радњи трећих лица преваљују на оног ко је такав ризик створио, објективној одговорности сауговарача би у нашем праву било јако тешко наћи адекватни законски основ у сваком случају.

104 „*la nullité et les dommages-intérêts sont subordonnés aux mêmes conditions en ce qui concerne ces fautes précontractuelles; car ils ne sont que deux faces différentes de la sanction d'un même comportement.*“ Вид. Р. Пиоте, 66.

105 Вид. Р. Пиоте, 66 фн 189, 80 и фн 231.

106 Р. Пиоте, 66–67.

107 Пиоте истиче да, у домену предуговорне одговорности за штету помоћника, нема места ни примени одредаба о деликтној одговорности послодаваца за штету коју причине запослени и остали помоћници при извршавању својих радних задатака, нити одредаба о уговорној одговорности сауговарача који повери извршавање своје обавезе помоћнику. У том смислу, сауговарач се не може ослободити одговорности на исти начин – доказујући да није крив. Као пример наводи случај када помоћник намерно прећути другој страни одређене чињенице, чија сазнања нема сам сауговарач – у овом хипотетичком примеру, заступани може бити одговоран због преваре ћутањем од стране заступника (и осталих помоћника), иако сам не поседује те информације. Р. Пиоте, 66–71.

108 Реч је о одредби чл. 27 ШЗО којом се предвиђа аналогна примена правила о заблуди и онда када је воља једног сауговарача нетачно пренета од стране курира (*messenger*) или неког другог посредника (*intermédiaire*).

109 Р. Пиоте, 75.

110 Р. Пиоте, 78.

Предуговорна одговорност сауговарача за деликтне радње заступника или других лица којим се служила при закључењу уговора, законом није посебно уређена. Одредба чл. 64 ЗОО асимилује заблуду лица преко којег је сауговарач изјавио вољу са заблудом сауговарача, али је дискутабилно да ли би се из тога могло закључити да је сваки, па и намеран нетачни пренос сауговарачеве воље довољан да се на њега свали терет штете која је тиме причињена. Нама није позната ниједна судска одлука у којој се таква могућност разматрала, те била прихваћена или одбачена, а у теорији о томе не постоји сагласност. Има писаца који се приклањају Пиотеовом гледишту, сматрајући да одговорност сауговарача постоји и када је трећи намерно погрешно пренео његову вољу; посебно, када је тај трећи заступник.¹¹¹ Став се поткрепљује аргументом да и сам закон познаје одговорност заступаног за штетне радње заступника – он је солидарно одговоран за штету коју је заступник проузроковао другој страни прекорачењем граница својих овлашћења, онда када прекорачење не одобри.¹¹² Други, пак, сматрају да, иако у том случају може доћи до поништења уговора, „одвојено је питање накнаде штете проузроковане од стране лица које је преносило изјаву“.¹¹³

Са друге стране, општим правилима о одговорности за штету, одговорност за другог је по правилу уређена по субјективном, а не објективном принципу.¹¹⁴ Објективна одговорност сауговарача би свакако могла да се установи онда када су сауговарач и аутор преваре у односу послодавца и запосленог или када је аутор преваре орган правног лица, јер се у том случају примењују посебна правила о одговорности послодавца и правних лица за штету коју запослени, односно органи проузрокују трећим лицима, обављајући свој рад или вршећи своје функције.¹¹⁵ Али, када се одговорност сауговарача не може подвести

111 Тако, Цигој наводи да „одговара заступани односно налогодавац онда када се користи другим лицем за пренос изјаве воље, па у вези са тим преносом настане штета трећем лицу“. Вид. С. Цигој, 203. Горенц, коментаришући исту одредбу чл. 283 Закона о обвезним односима, наводи да изјаве заступника „обвезују изравно заступаног“, јер они „не преносе „туђа“ очитовања“. Вид. V. Gogens, 436.

112 Поред тога, на другом месту, исти аутор наводи да би „било целисходно ако би се прихватило начело да заступани одговара за штету коју је заступник причинио у вршењу заступничких дужности“, „па макар та штета не настала због повреде уговора, већ због непословне штетне радње“, позивајући се на то да наше право „утврђује одговорност господара за поступке сопствених људи, било да они иступају као радници било да наступају као мандатари“. Аутор не помиње каква би била природа овакве одговорности. С. Цигој, 479–480.

113 Вид. С. Перовић, *Коменџар ЗОО*, 263.

114 Више о томе у Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штећу*, Београд, 2013, 218 и даље.

115 Вид. ЗОО, чл. 170–172.

под неку норму која предвиђа одговорност без обзира на кривицу, чини се да би се његова одговорност могла установити само уколико је крив. Свакако, кривица у том случају не мора бити у томе што је сауговарач био свестан или морао бити свестан преварних радњи лица којима се служио, већ и због грешке у њиховом избору (*culpa in eligendo*), датим инструкцијама (*culpa in instruendo*) или надзору (*culpa in vigilando*).

VI Уместо закључка

Тежња да се помире супротстављени интереси, окосница је ограничене могућности поништења уговора када превара потиче од трећег. Ипак, доследна примена тог ограничења може понекад довести до очигледно неправичних решења. То се најбоље показује на примеру закључења уговора у корист трећег. Са друге стране, креативна улога судова у упоредном праву довела је до тога да општеприхваћено правило, да превара мора потицати од сауговарача, у својој примени добије много више изузетака него што би се то на први поглед могло очекивати, имајући у виду законска решења. Осим када је сауговарач знао или морао знати за превару од стране трећег, судови су жртви преваре заштиту пружали још и на тај начин што су из појма трећих изузимали поједина лица (ауторе преваре), приписујући дејства њихових преварних радњи сауговарачу. Тиме је практично створена једна посебна, међукатегорија лица која се нити могу сматрати уговорном страном, јер их не везују дејства закљученог уговора, нити трећим лицима, у правом смислу, јер жртва њихово преварно поступање може супротставити сауговарачу. Иако се озбиљни аргументи могу изнети као оправдање за овакву праксу судова, морало би се истаћи да она са собом носи и бројне проблеме. Одступање од строге примене законских правила отвара питање правне утемељености такве праксе; стварање међукатегорије лица чије преварно поступање увек утиче на пуноважност уговора рађа озбиљан проблем разграничења субјеката који се сматрају трећим, у правом смислу, од оних који улазе у „круг сауговарача“; коначно, чини се неопходним решити и питање да ли супротстављивост преваре која потиче од лица која припадају овој међукатегорији подразумева „само“ да сауговарач мора да трпи последице поништења уговора или се може поставити и питање његове солидарне одговорности за штету која је тиме причињена.

Snežana DABIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

THIRD PARTIES' FRAUD AND CONCLUSION OF ONEROUS CONTRACTS

Summary

It is a traditional requirement in comparative law that fraud should be an act of a contracting party, in order to affect the validity of onerous contracts. Fraudulent behavior of third parties will only exceptionally give right to the annulment – if the contracting party knew or should have known of it. On the face of it, the rule seems to be reasonable and that it adequately reconciles conflicting interests of victims of fraud and contracting party. However, its weaknesses emerge especially in cases where a much higher risk of influence of third parties exists, for example, in conclusion of contracts in favor of third parties. Does the fraudulent behavior of the beneficiary affect the validity of the contract? In addition, when certain third parties have a significant role in the conclusion of the contract, protecting the interests of only one party, the comparative practice shows that courts do not consider them as „third parties“ and impute the consequences of their fraudulent behavior to that contracting party, even though it neither knew nor should have known of the fraud. Therefore, the question: with respect to the provisions regulating fraud, which persons cannot be considered as third parties?

Key words: *fraud, defects of consent, third parties, onerous contracts, liability.*

Александра ЂОРЂЕВИЋ, мастер
Виши судијски помоћник у Привредном суду у Крагујевцу

ПРАВНИ ТРЕТМАН НЕУНОВЧЕНЕ ИМОВИНЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Резиме

Неуновчена имовина стечајној дужника у ужем смислу је имовина коју стечајни управник није успео да уновчи после више законито сprovedених покушаја уновчења. Закон о стечају као изузетак прописује да се и у том случају може присијуити завршној деоби и да одлуку о нерасподељеним деловима стечајне масе, како их дефинише, доноси стечајни судија, али не уређује детаљније посивање са неуновченом имовином. У овом раду анализиран је правни третман неуновчене имовине стечајној дужника у стечајном законодавству Републике Србије, пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце и правне последице преноса из угла свих поверилаца у стечајном посивуку. Закључак аутора је да законски термин којим се означава ова имовина није адекватан и да би термин неуновчиви предмет стечајне масе најбоље одредио о којој имовини се ради. Поред тога, аутор се залаже и за детаљније законско уређење овог инстиитута, како у циљу бржег окончања стечајних посивака, иако и ради заштите интереса њејових учесника, а пре свега стечајних поверилаца ради којих се стечајни посивак и сиводи.

Кључне речи: *неуновчена имовина стечајној дужника, пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце, права стечајних поверилаца код преноса.*

I Појам и састав

Неуновчена имовина стечајног дужника у ширем смислу је имовина коју стечајни управник није уновчио након доношења решења о банкротству. Уновчење је шири појам од појма продаје јер, поред продаје, обухвата и наплату ненаплаћених потраживања. Неуновчену имовину чине неуновчене ствари и права стечајног дужника и ненаплаћена потраживања. Правни статус неуновчене имовине се мења током стечајног поступка, па је од доношења решења о банкротству, то имовина коју стечајни управник уновчава, да би, у завршној деоби то била имовина коју стечајни управник није успео да уновчи, ни после више покушаја. Неуновчена имовина улази у стечајну масу, али не улази у деобну масу, обзиром да деобну масу чини уновчена стечајна маса, односно новац добијен продајом имовине стечајног дужника.

Неуновчена имовина у ужем смислу је имовина коју стечајни управник није успео да уновчи после више законито спроведених покушаја уновчења.

Имовина стечајног дужника може бити неуновчена из више разлога, а неки од њих су:

- нерешени имовинско-правни односи или непостојање имовинско-правне документације;
- непостојање заинтересованих купаца ни после више оглашених продаја, било због тога што имовина није атрактивна или због лошег стања у коме се налази;
- опструкције продаје од стране одбора поверилаца који одбија давање сагласности или се не изјашњава у случајевима када је сагласност неопходна у складу са законом и Националним стандардима за управљање стечајном масом,¹ било због лоше сарадње са стечајним управником или због недовољне информисаности о тржишним околностима. Наведено ако се има у виду да је одобрење одбора поверилаца потребно за продају непосредном погодбом, за оглашавање продаје јавним надметањем и јавним прикупљањем понуда на другачији начин од прописаног чл. 132 ст. 6 Закона о стечају² када су трошкови оглашавања високи у односу на предмет продаје, као и на цену нижу од 50% од процењене вредности предмета продаје;

1 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, *Службени гласник РС*, бр. 13/2010.

2 Закон о стечају – ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – УС, 83/2014, чл. 144 ст. 2.

- уколико је рачун стечајног дужника у блокади и нема средстава за оглашавање продаје јавним надметањем или јавним прикупљањем понуда, а трошкови оглашавања нису несразмерно високи у односу на предмет продаје или јесу, али не постоји сагласност одбора поверилаца на другачији начин обавештавања јавности о продаји од прописаног чл. 132 ст. 6 ЗС, нити за продају непосредном погодбом;
- уколико је на непродатој имовини установљено заложно право у корист разлучних или заложних поверилаца, тако да продајом не би преостала средства за намирење необезбеђених поверилаца, а разлучни повериоци не желе да поднесу захтев за укидање забране извршења и намирења из чл. 93 ст. 4 и 5 ЗС;
- због поступака који се воде у Агенцији за реституцију по поднетим захтевима за враћање одузете имовине, када је једина могућност која стоји на располагању стечајном судији ургенција ради убрзања поступака, од чијег окончања зависи и даљи ток стечајног поступка.

Највећи број нерешених старих стечајних предмета, а то су предмети старији од две године од дана пријема иницијалног акта, чине предмети у којима је стечајни управник Агенција за лиценцирање стечајних управника. Како стечајни судија није овлашћен да санкционише поступање Агенције у ситуацији када постоји неактивност у поступку уновчења имовине и непотребно одуговлачење поступка, једино може да сазове састанак са представницима Агенције у циљу сагледавања могућности за убрзање тока стечајних поступака у којима Агенција врши дужност стечајног управника.³

II Неуновчена имовина по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији

Незнатан број најстаријих стечајних поступака води се по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији,⁴ који прави разлику између непродате имовине која чини функционалну целину у процесу производње и неуновчене имовине⁵ (ствари и потраживања), код об-

3 Вид. више у Стојан Јокић, „Закључење стечајног поступка“, *Двадесето саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Радни материјал II, Златибор, 2012, 43.

4 Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији – ЗППСЛ, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 84/89, бр. 37/93, бр. 28/96, примењује се у стечајним поступцима у којима је до 3. 2. 2005. г, када је почео да се примењује ЗСП, уновчено преко 50% стечајне масе стечајног дужника.

5 ЗППСЛ, чл. 132 ст. 1 и чл. 150 ст. 3.

уставе даљег уновчења и закључења поступка због несразмерних трошкова који би били проузроковани његовим даљим вођењем.

Непродата имовина која чини функционалну целину у процесу производње предаје се повериоцима сразмерно њиховим утврђеним потраживањима, уколико је они прихвате, у супротном се предаје републичком надлежном органу према седишту дужника, односно територији на којој се непокретност налази, уколико се ради о непокретној имовини.

У случају обуставе даљег уновчења стечајне масе и закључења стечајног поступка због несразмерних трошкова који би били проузроковани његовим даљим вођењем, поједине неуновчене ствари или поједина ненаплаћена потраживања могу се пренети на поједине повериоце, водећи рачуна о висини њихових утврђених потраживања.⁶

Предлог за обуставу даљег уновчења стечајне масе и закључење стечајног поступка, уз пренос неуновчене имовине на повериоце, даје стечајни управник када после више узастопних оглашавања, уз смањење почетне цене, не успе да уновчи преосталу имовину стечајног дужника, најчешће из разлога незаинтересованости потенцијалних купаца. Стечајно веће доноси одлуку руководећи се целисходношћу даљег вођења стечајног поступка са аспекта временског трајања, те несразмерних трошкова који би били проузроковани на штету стечајних поверилаца. Решењем о закључењу стечајног поступка неуновчена имовина се преноси на поједине повериоце уз одређивање процентуалног учешћа у пренетој имовини сразмерно висини уврђеног потраживања, односно уз навођење износа намирења и висине удела у пренетој имовини. Законско овлашћење да ступе у посед пренете имовине стичу на основу тог решења, а примопредаја се записнички врши између стечајног управника и поверилаца којима је имовина предата.⁷

Пренос ненаплаћених потраживања на стечајне повериоце целисходан је са аспекта дужине трајања стечајног поступка уколико би се исти свео само на вођење поступака ради њихове наплате, за шта нема средстава у стечајној маси. Додатни аргумент је положај стечајних поверилаца којима су пренета потраживања, који је оснажен тиме што им је дата могућност да као солидарни повериоци наплате своје потраживање од дужникових дужника.⁸

6 Вид. Решење Трговинског суда у Крагујевцу 1. Ст. 1077/01 од 9. 9. 2005. и Решење Трговинског суда у Крагујевцу 1. Ст. 44/05 од 17. 3. 2006.

7 Став заузет на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 10. октобра 2003.

8 Драгиша Б. Слијепчевић, „Допуштеност преноса неизмирених потраживања стечајног дужника на његове повериоце“, *Билтен судске праксе*, Врховни суд Србије,

Повериоци на које је пренета неуновчена имовина нису у обавези да у зависности од реализације пренетих потраживања или продаје ствари, од наплаћеног износа, осталим повериоцима исплате утврђене износе.⁹ Наведени став је оправдан имајући у виду да су повериоци на које је пренета имовина преузели на себе и обавезу да сnose трошкове уновчења те имовине, односно наплате ненаплаћених потраживања.

Дакле, од стечајних закона по којима се воде стечајни поступци у Републици Србији, ЗППСЛ најдетаљније уређује неуновчену имовину и једини њен пренос на стечајне повериоце условљава њиховим пристанком.

III Неуновчена имовина по Закону о стечајном поступку

Потреба за усклађивањем нашег права са правом земаља ЕУ довела је до доношење Закона о стечајном поступку,¹⁰ који се примењује на знатан број стечајних поступака. Расправа о нерасподељеним деловима деобне масе води се на завршном рочишту и претходи доношењу решења о закључењу стечајног поступка. Законодавац користи термин нерасподељени делови деобне масе, а заправо се ради о „неуновчивим деловима стечајне масе“.¹¹ Већ је било речи о томе да неуновчена имовина улази у стечајну масу, али да не улази у деобну масу, јер је деобна маса уновчена стечајна маса умањена за трошкове стечајног поступка и обавезе стечајне масе. Она настаје из стечајне масе¹² и формира се само од новчаних средстава. То је маса новца.¹³

Иако није прописана могућност закључења стечајног поступка, а да претходно није уновчена целокупна стечајна маса и окончане парнице поводом оспорених потраживања поверилаца или по тужбама стечајног дужника против његових дужника, велики број стечајних поступака који се води по овом закону, а у којима и после више покушаја продаје постоји неуновчена имовина, без реалне могућности да буде уновчена, условио је изналажење решења која нису супротна циљу ЗСП-а.¹⁴

бр. 1/2005, Београд 2005, 122–123 и *Судска пракса трговинских судова*, Привредни саветник, бр. 1/2005, 150–151.

9 Вид. решење Вишег трговинског суда Пж. 1645/03 од 8. маја 2003.

10 Закон о стечајном поступку – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 84/04.

11 Вук Радовић, *Стечајно право – књига прва*, Београд, 2017, 597.

12 *Ibid.*, 574.

13 Михаило Велимировић, *Стечајно право*, Београд, 2012, 163.

14 С. Јокић, *ibid.*

Иако, у ЗСП није дефинисан циљ стечаја, нити стечајна начела, као што је то учињено у ЗС, из одредби ЗСП произлази да оба закона имају исти циљ и начела стечаја.¹⁵ Управо то је било пресудно да се на исти начин у стечајним поступцима који се воде по оба ова закона поступа са неуновчивом имовином стечајног дужника тако што се она преноси на стечајне повериоце ради намирења њихових утврђених потраживања.

IV Неуновчена имовина по Закону о стечају

Законом о стечају, пре измена и допуна из 2014. г, прописано је да се о нерасподељеним деловима стечајне масе одлучује на завршном рочишту,¹⁶ али и да се стечајни поступак може закључити само уколико је уновчена целокупна стечајна маса.¹⁷ Правно нелогично је да постоји неуновчена стечајна маса о којој се расправља на завршном рочишту на коме се закључује стечајни поступак, ако је услов за закључење да је уновчена сва стечајна маса.

Закон је предвидео изузетак по коме стечајни поступак може да се закључи и када нису окончане све парнице, тако што се наставља према стечајној маси стечајног дужника коју чине средства издвојена по основу оспорених потраживања и средства која се остваре окончањем парница у корист стечајног дужника.

У односу на ЗСП, који користи термин нерасподељени делови деобне масе, ЗС користи термин нерасподељени делови стечајне масе, ради означавања неуновчивих делова стечајне масе. Ни овај термин није адекватан, јер се утврђена потраживања стечајних поверилаца не намирују расподелом делова стечајне масе, већ исплатом расположиве деобне масе, па би адекватнији термин био „неуновчиви предмети стечајне масе“¹⁸ или „неуновчиви делови стечајне масе“.¹⁹ Оба термина упућују да се ради само о оним предметима, односно деловима стечајне масе који се, упркос бројним покушајима стечајног управника предузетим у складу са Законом о стечају, никако нису могли уновчити.

15 Вид. Гордана Ајншпилер Поповић, „Предлози окончања стечаја у различитим правним ситуацијама“, *Двадесетдруго саветовање судија њивредних судова Републике Србије*, Радни материјал II, Златибор, 2014, 99.

16 Закон о стечају – ЗС пре измена и допуна, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – УС, чл. 145 ст. 1 тач. 4.

17 Наведено произлази из ЗС пре измена и допуна чл. 144 ст. 1 и чл. 148 ст. 2.

18 Јасница Гаршић, „Завршно рочиште у стечајном поступку“, у: Михајло Дика (ред.), *Четири новела стечајног закона*, Народне новине д. д., Загреб, 2006, 285.

19 Вид. фуснота 11.

У циљу скраћења дужине трајања стечајних поступака оптерећених неуновченом стечајном масом, изменама и допунама ЗС из 2014. г, предвиђен је изузетак, па се завршној деоби може приступити и ако, ни након више покушаја уновчења, није уновчена целокупна стечајна маса, односно њен претежни део.²⁰ На овај начин омогућено је закључење великог броја стечајних поступака.²¹ У законски текст је унето решење које је судска пракса већ примењивала, не само у случају закључења стечајних поступака са немогућношћу уновчења стечајне масе и поред више покушаја продаје, који се воде по Закону о стечају, пре измена и допуна, већ и оних који се воде по ЗСП.²² Произлази да је уновчење имовине стечајног дужника ради што правилније расподеле међу повериоцима правило, док се деоба *in natura* само изузетно примењује.²³

V Пренос неуновчене имовине

Стечајни управник, након што се испуне услови за закључење стечајног поступка, подноси стечајном судији предлог за заказивање завршног рочишта, уз који доставља завршни извештај и завршни рачун.

По пријему предлога, стечајни судија решењем, које се објављује на огласној табли суда и у „Службеном гласнику РС“, одређује завршно рочиште. Уколико постоји неуновчена имовина за чије уновчење нема средстава, стечајни судија ће овим решењем позвати стечајне повериоце да ако су заинтересовани, у року од 15 дана од дана објављивања огласа, поднесу захтев и доставе доказ да су предујмили средства неопходна на име трошкова даљег вођења стечајног поступка, јер ће у противном стечајни поступак бити закључен уз пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце сразмерно висини утврђених потраживања.²⁴

Уколико стечајни повериоци не поднесу захтев и не уплате новчана средства на име трошкова даљег вођења стечајног поступка, стечајни управник ће доставити нацрт решења за завршну деобу неуновчене имовине, која се спроводи на начин и под условима спровођења глав-

20 Закон о изменама и допунама Закона о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, чл. 144 ст. 2.

21 Г. Ајншпилер Поповић, „Важније новине у стечајном законодавству“, *Стечајни инструктор*, бр. 1/2014, 26.

22 Вид. више у *Двадесетдруго саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Радни материјал, Златибор, 2014, 187–189.

23 Велизар Ј. Митровић, *Стечајно право с нарочитим освртом на српско законодавство*, Београд, 1926, 21.

24 Вид. Решење Привредног суда у Крагујевцу 2. Ст. 230/2012 од 30. 10. 2014. г.

не деобе. Стечајни судија нацрт објављује на огласној табли суда, да би стечајни повериоци могли да изврше увид у року од 15 дана од дана објављивања и поднесу евентуалне примедбе.

Након што стечајни судија утврди да су испуњене процесне претпоставке,²⁵ отвара завршно рочиште и даје реч стечајном управнику који уколико није уновчена целокупна имовина стечајног дужника образлаже колико је покушаја продаје било и разлоге због којих нису успели. Детаљним навођењем и описом свих радњи које је у стечају предузео, а у складу са Законом о стечају, Националним стандардима за управљање стечајном масом и Кодексом етике за стечајне управника,²⁶ стечајни управник, између осталог, штити себе.²⁷

Расправа о неуновченим предметима стечајне масе подразумева расправу о извештају стечајног управника о предузетим покушајима уновчења неуновчене имовине, броју неуспелих продаја, да ли је предузео све законом и националним стандардима прописане радње ради уновчења, разлозима неуспеха, те да ли је целисходније закључити стечајни поступак или и даље покушавати продају. По окончаној расправи, стечајни судија одлучује да ли да се поново покуша уновчење неуновчене имовине или закључује стечајни поступак, уз пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце.²⁸ Како се ради о дискреционој одлуци, стечајни судија може одлучити и другачије.²⁹ Међутим, у нашој судској пракси одлука стечајног судије се исцрпљује у једној од наведене две могућности. Другачија одлука би могла да доведе до повреде начела заштите стечајних поверилаца које подразумева њихово колективно и сразмерно намирење и начела једнаког третмана и равноправности које подразумева једнак третман и равноправан положај поверилаца истог исплатног реда.

25 Процесне претпоставке за одржавање завршног рочишта су да је решење о заказивању завршног рочишта објављено у Службеном гласнику РС и на огласној табли суда и да од дана објављивања, односно истицања на огласној табли није прошло мање од осам дана нити више од 30 дана. Потребно је и да су испитане све благовремено поднете пријаве потраживања, став са *Седмаесітїї савеїїовања судїїа шїрїовинских судова Рейублїке Србїїе*, Радни материјал, Доњи Милановац, 2009, 164–165.

26 Кодекс етике за стечајне управника, *Сл. гласник РС*, бр. 43/2005.

27 Небојша Јочић, „Закључење поступка стечаја“, доступно на адреси <http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Zakljucenje%20stecajnog%20postupka%20Nebojsa%20Jocic.pdf>, 9. 9. 2017.

28 Драгиша Б. Слијепчевић, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2016, 459–461.

29 Вид. В. Радовић, 597.

1. Пренос кроз циљ и начела стечајног поступка

Закон о стечају, осим што прописује да се одлука о неуновченој стечајној маси доноси на завршном рочишту и да је доноси стечајни судија,³⁰ за разлику од упоредног права у коме одлуку доносе повериоци,³¹ не регулише детаљније поступање са неуновченом имовином. Дефинисање циља и начела стечаја доприноси правилном тумачењу нејасних законских норми.³² Разматрајући да ли је пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце у складу са законом, полазимо од циља стечаја који је дефинисан у чл. 2 ЗС, као најповољније, колективно и сразмерно намирење стечајних поверилаца. Основна начела која су изведена из циља стечаја и посебно дефинисана су: начело заштите стечајних поверилаца које се остварује кроз колективно и сразмерно намирење њихових утврђених потраживања, начело једнаког третмана и равноправности, које се остварује кроз једнак третман и равноправан положај поверилаца истог исплатног реда, начело економичности које се огледа у остваривању, у што краћем времену и са што мање трошкова, највеће могуће вредности имовине стечајног дужника и највећег могућег степена намирења поверилаца и начело хитности. Из наведеног произлази да је сврха стечајног поступка најповољније могуће намирење стечајних поверилаца, након чега се стечај окончава.³³ Пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце је једино могуће решење у ситуацији када се не може формирати деобна маса без трошкова који прелазе њену вредност, а трајање стечајног поступка обесмишљава циљ и основна начела.³⁴ Међутим, стечај који се спроводи банкротством подразумева намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника, а код преноса неуновчене имовине, обзиром да није продата, тога нема, па је потребно изменити дефиницију банкротства, у члану 1 ст. 3 ЗС. У предлогу Закона о изменама и допунама Закона о стечају који се налази у скупштинској процедури наведено је узето у обзир, па је „продаја“ замењена речима: „ из вредности“.³⁵

30 ЗС, чл. 18 ст. 1 тач. 10.

31 В. Радовић, 597.

32 Г. Ајншпилер Поповић, „Нови закон о стечају“, у Драгиша Б. Слијепчевић (ред.), *Нека актуелна ишћања у ипстјуику стечаја*, Зборник радова, Глосаријум, Београд, 2010, 6.

33 Вид. више у Г. Ајншпилер Поповић, „Предлози окончања стечаја у различитим правним ситуацијама“, *Двадесетдруго саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Радни материјал II, Златибор, септембар 2014, 99–100.

34 С. Јокић, 41.

35 Вид. Предлог Закона о изменама и допунама Закона о стечају, у скупштинској процедури од 14.08.2017. г. Доступно на адреси www.parlament.gov.rs/напогна-скупштина.1.html, 6. 10. 2017.

Полазећи од наведених начела и циља стечаја долазимо до закључка да је за пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце потребно да су испуњени следећи услови: да су испитана потраживања свих поверилаца, односно да је донет закључак којим је усвојена коначна листа потраживања, да је процењена вредност неуновчене стечајне масе која се преноси, да се пренос врши тако да се поштује законски редослед намирења, према коме се прво намирују трошкови стечајног поступка, затим обавезе стечајне масе, па стечајни повериоци, по исплатним редовима, да је стечајни управник поднео нацрт за завршну деобу у коме је предложио пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце, уз навођење броја неуспелих покушаја продаје у којима је у свему поступао у складу са законом, разлога због којих продаја није успела и друге разлоге из којих произлази оправданост преноса имовине на стечајне повериоце и да је стечајни судија проценио да је целисходно на тај начин закључити стечајни поступак.

2. Процена целисходности преноса од стране стечајног судије

Пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце допуштен је на образложени предлог стечајног управника, само уколико стечајни судија процени да је целисходно на тај начин закључити стечајни поступак. Процену целисходности стечајни судија врши у сваком конкретном случају, ослањајући се на циљ и начела стечајног поступка. Целисходност обухвата најпре процену стечајног судије да ли је стечајни управник предузео све Законом о стечају и Националним стандардима прописане радње ради уновчења имовине, да ли је било више покушаја продаје имовине и који су разлози безуспешне продаје. Законом није одређен број обавезних покушаја продаје, већ је прописано „више покушаја“, па је оцена потребног броја, као и целисходности преноса неуновчене имовине, „дискрециона одлука стечајног судије“³⁶ коју ће донети пошто размотри образложени предлог стечајног управника, при чему може да саслуша и мишљење одбора поверилаца.

Стечајни судија врши процену да ли је пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце оправдан са аспекта временског трајања стечајног поступка, да ли се тиме постиже већи степен намирења стечајних поверилаца, него да се и даље покушава уновчење неуновчене имовине, те да ли би се активности у стечајном поступку свеле само на наставак покушаја уновчења, за шта најчешће нема средстава у стечајној маси.

На процену целисходности утиче и то што су стечајни поступци, углавном, оптерећени великим бројем стечајним поверилаца, тако да се

36 Д. Б. Слијепчевић, 460.

у случају преноса права својине на неуновченој имовини успоставља сусвојина.³⁷ Одлуком стечајног судије о преносу процентуално се одређује сувласнички удео који стечајни поверилац има у индивидуално одређеној ствари која се преноси.

Сувласник има право да самостално располаже својим уделом, право на државину ствари, на употребу ствари, право да управља ствари, при чему је за послове који прелазе оквир редовне употребе потребна сагласност свих сувласника, због чега је сусвојина често предмет бројних спорова међу сувласницима.³⁸ Из наведеног се закључује да није целисходно вршити пренос неуновчене имовине у стечајним поступцима са великим бројем стечајних поверилаца.³⁹

Иако постоје супротна мишљења,⁴⁰ пренос неуновчене имовине може се вршити само када су сви поступци поводом оспорених потраживања правноснажно окончани. У супротном би се вршио услован пренос сувласничких удела у неуновченој имовини на стечајне повериоце оспорених потраживања који воде парнице ради њиховог утврђења, аналогно резервацији средстава за повериоце оспорених потраживања који су покренули парнице. Услован пренос би довео до тога да исход тих парница мења уделе свих стечајних поверилаца на које је пренета имовина и то по више пута у зависности од тога колико је таквих парница и различито време њиховог окончања.

На поступак наплате ненаплаћених потраживања стечајног дужника који може бити прилично сложен, значајно утиче и стручност и ефикасност стечајног управника које се огледају у благовременом коришћењу свих законских могућности, како би ненаплатива потраживања била сведена на нужни минимум.⁴¹

Ненаплаћена потраживања стечајног дужника од његових дужника могу бити предмет преноса на стечајне повериоце само уколико у стечају нема средстава за покретање поступака ради њихове наплате и уколико су решењем о одређивању завршног рочишта позвани стечајни повериоци да, уколико су заинтересовани за даље спровођење стечајног поступка, у року од 15 дана поднесу захтев, уз доставу доказа

37 Више о сусвојини вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, 9. издање, Номос Београд, 143–155.

38 *Ibid.*

39 Тако, примера ради: Решењем Привредног суда у Чачку Ст. 1/2013 од 26.3.2013. неуновчена имовина стечајног дужника коју чини стан у Чачку од 67,64 м², пренета је на 142 стечајна повериоца, који су постали сувласници на стану са уделима који се крећу од 0,18 до 4,88%.

40 С. Јокић, 37–39.

41 Борис Богичевић, „Наплата потраживања стечајног дужника“, *Стечајни инститор*, бр. 1–2/2016, 99–111.

да су предујмили средства у наложеном износу. Ако у остављеном року повериоци не уплате наложени износ, нити стечајни управник добије сагласност одбора поверилаца за отпис ненаплаћених потраживања, стечајни управник може доставити завршни извештај и завршни рачун, уз предлог за заказивање завршног рочишта, на коме ће стечајни поступак бити закључен, уз пренос ненаплаћених потраживања на стечајне повериоце, сразмерно висини њихових утврђених потраживања тако што се на све стечајне повериоце истог исплатног реда потраживање преноси у истом проценту. Наведено решење је целисходно ако се има у виду да се даљим вођењем стечајног поступка не би остварио његов циљ.

Пренос ненаплаћених потраживања стечајног дужника од његових дужника на стечајне повериоце подсећа на установу уступања потраживања (цесија) уместо испуњења, која је регулисана Законом о облигационим односима. Уступање потраживања уговором (цесија) уместо испуњења постоји када дужник, уместо испуњења своје обавезе, повериоцу уступи своје потраживање, чиме се његова обавеза према повериоцу гаси закључењем уговора, до износа уступљеног потраживања.⁴² Уговор о уступању потраживања је неформалан, изузев у случају када је за правни посао који је основ уступања прописана одређена форма.⁴³ Како се ради о уговору потребна је сагласност уговорних страна, уступноца и примаоца, а није потребна сагласност дужника.

Иако подсећа на уговорну цесију, за пренос ненаплаћених потраживања на основу судске одлуке, не би се могао користити термин судска цесија, који правничка литература често користи за означавање промене поверилаца у облигацији, без обзира на правни основ из ког потиче, због разлика које постоје и неспоразума који могу настати.⁴⁴ Основни разлог за то је недостатак сагласности повериоца потраживања које се уступа.⁴⁵ Међутим, у случају преноса потраживања стечајног дужника на стечајне повериоце који се врши на основу решења стечајног судије, дакле судске одлуке, предлог за уступање потраживања даје стечајни управник који је законски заступник стечајног дужника,⁴⁶ па како постоји сагласност стечајног дужника, као повериоца, ради се о судској цесији. У том смислу требало би користити термин уступање

42 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993, чл. 444 ст. 1.

43 Јаков Радишић, *Облигационо право, ојшћи гео*, Београд 2004, 375.

44 Вид. више у Коментар Закона о облигационим односима – књига прва, Слободан Перовић (главни ред.), *Савремена администрација дд*, Београд, 1995, 840–841.

45 Ј. Радишић, 379.

46 ЗС, чл. 19 ст. 1.

потраживања, уместо пренос потраживања који се чешће користи у судским одлукама. Такође је потребно доставити решење о уступању потраживања дужницима стечајног дужника да би били обавештени о промени повериоца и обавезати стечајног управника да стечајним повериоцима којима је потраживање уступљено преда све исправе о дугу.

VI Правне последице преноса

1. Пренос са аспекта стечајног поступка

Стечајни поступак је поступак који спроводи надлежни суд над стечајним дужником. Његов циљ је најповољније, сразмерно и колективно намирење стечајних поверилаца из расположиве имовине стечајног дужника, у што краћем времену и са што мање трошкова. Стечајни поступак који дуго траје нема сврху, јер не може да се оствари циљ стечаја.

За стечајни поступак, имајући првенствено у виду његову сврху, те дужину његовог трајања и коришћење права странака на подношење захтева за заштиту права на суђење у разумном року, најцелисходније је да се оконча што пре. У том смислу, са аспекта стечајног поступка, оправдано је свако решење које није супротно циљу закона, а доводи до убрзања његовог закључења. Како је најчешћи разлог дугог трајања стечајног поступка постојање неуновчене имовине, поступање судова који закључују стечајни поступак уз пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце у оним случајевима када је стечајни управник истражио све могућности њеног уновчења и када стечајни судија процени да је целисходно, оправдано је са аспекта стечајног поступка.

2. Пренос из угла стечајних поверилаца

Стечајни поверилац је поверилац који на дан покретања стечајног поступка има необезбеђено потраживање према стечајном дужнику.⁴⁷ Улога стечајних поверилаца у стечајном поступку је активна јер учествују у доношењу кључних одлука које се тичу стечајног поступка и даље судбине стечајног дужника.⁴⁸ Из законске дефиниције циља стечајног поступка произлази да закон пружа заштиту само стечајним повериоцима, а да поштује стечена стварна права осталих поверилаца.⁴⁹

47 ЗС, чл. 48.

48 М. Велимировић, 75.

49 Вид. више у Г. Ајншилер-Поповић, „Проблем промене повериоца потраживања према стечајном дужнику“, *Двадесетичетврто саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Радни материјал II, септембар 2016, 9–12.

Својство странке у стечајном поступку стечајни поверилац стице пријавом потраживања надлежном стечајном суду која, између осталог, мора садржати износ потраживања и то посебно износ главног дуга са обрачуном камате. Дакле, пријаву потраживања може поднети стечајном суду само у новчаној противвредности. Како стечајни поверилац пријавом потраживања од стечајног дужника потражује новац, поставља се питање да ли, без његовог пристанка, његово потраживање може бити намирено и преносом неуновчене имовине стечајног дужника, односно да ли може да се сматра да је подношењем пријаве потраживања пристао и на намирење преносом неуновчене имовине. Почев од „првог специјализованог стечајног прописа“,⁵⁰ па до ЗППСЛ-а, услов за пренос неуновчене имовине на стечајне поверице била је њихова сагласност. Стечајна законодавства држава у региону са којима имамо „сличне стечајне корене“,⁵¹ пренос неуновчене имовине на стечајне поверице условљавају њиховом сагласношћу или стечајним повериоцима, организованим у скупштину поверилаца, препуштају доношење одлуке.⁵² Одлучујући о неуновченим предметима стечајне масе на завршном рочишту, стечајни повериоци би могли да донесу одлуку да се предмет пренесе на неког стечајног повериоца који на то пристане, без накнаде уз урачунавање у стечајну квоту или уз накнаду, да се препусти стечајном дужнику уколико је физичко лице или власницима основног капитала стечајног дужника или да се поново покуша уновчење уколико процене да се не ради о неуновчивом предмету.⁵³ Са наведеног сматрам да се не може претпоставити да је стечајни поверилац подношењем пријаве потраживања пристао и на намирење преносом неуновчене имовине, јер то представља повреду његових основних права.

Интерес стечајних поверилаца је најповољније намирење, међутим, у моменту преноса неуновчене имовине можемо само да претпоставимо да ће преносом стечајни повериоци бити намирени на повољнији начин, јер не можемо знати да ли ће успети да уновче имовину чије држање кошта, ако се има у виду да то није пошло за руком стечајном управнику, као стручном лицу. Треба узети у обзир и то да су стечајни повериоци, у највећем проценту, бивши радници стечајног дужника, углавном правно неуке странке које готово никада не предузимају даље радње на уновчењу имовине која им је пренета. Наведени закључак је изведен из чињенице да стечајни повериоци пренетих потраживања

50 В. Радовић, 23.

51 *Ibid.*, 24.

52 *Ibid.*, 597.

53 Ј. Гарашкић, 285.

не траже од стечајних управника предају исправе о дугу или другу документацију ради реализације пренетих потраживања, нити показују интересовање за примопредају непокретне имовине која им је пренета.

Правноснажна судска одлука у којој је садржан пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце је јавна исправа на основу које стечајни повериоци, уписом у катастар непокретности, стичу право својине на тој имовини.⁵⁴

Правноснажношћу судске одлуке о преносу права својине на неуновченим непокретностима стечајног дужника и то: земљишту, зградама, становима, пословном простору, гаражама и другим грађевинским објектима и преносом права својине на моторном возилу, са изузетком трактора, мопеда, мотокултиватора и радне машине, стечајни поверилац постаје обвезник пореза на пренос апосолутних права.⁵⁵ Такође, постаје и обвезник пореза на имовину,⁵⁶ који се утврђује за сваку календарску годину на право својине и државине на непокретностима које се налазе на територији Републике. У случају сувласништва или судржавине, обвезник пореза је сваки стечајни поверилац на кога су пренета наведена права, сразмерно свом уделу у односу на целу непокретност.

Из наведеног произлази да преносом неуновчене имовине стечајни повериоци стичу и одређене обавезе, од којих су неке извесне, као што је пореска обавеза, док су друге везане за продају пренете имовине, или уколико је пренето потраживање, за покретање и вођење поступка наплате, што је најчешће скупо, отежавајуће и неизвесно, ако се има у виду да су разлози који су довели до преноса неуновчене имовине, недостајање средстава у стечају да би се она уновчила, њена неатрактивност и незаинтересованост купаца.

3. Разлучни повериоци и пренос имовине на стечајне повериоце

Закон о стечају у чл. 49 дефинише различног повериоца као повериоца који има заложно право, законско право задржавања или право

54 Закон о основама својинскоправних односа *Сл. лист ЦРФ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист ЦР*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон, чл. 20 ст. 2, који прописује да се право својине стиче и одлуком државног органа и Закон о државном премеру и катастру, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 18/2010 и 65/2013, који у чл. 60 ст. 1. прописује начело конститутивности уписа, а у чл. 88 ст. 1 и 2, да је јавна исправа и правоснажна одлука суда.

55 Закон о порезима на имовину, *Сл. гласник РС*, бр. 26/01, 45/02 – УС, *Сл. лист ЦР*, бр. 42/02 – УС, *Сл. гласник РС*, бр. 80/02 – др. закон 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – УС, 47/13, 68/14 – др. закон), чл. 23 ст. 1, чл. 24 ст. 1 тач. 1, чл. 25 ст. 4 и чл. 29 ст. 5.

56 Исто, чл. 2 ст. 1 тач. 1 и 6 и ст. 2 и ст. 3, чл. 4 ст. 1 и ст. 2.

намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге, што му даје право првенственог намирења из средстава остварених њиховом продајом, али и као повериоца који није стечајни поверилац, али који статус стечајног повериоца може стећи уколико, без своје кривице, не може да намири своје утврђено разлучно потраживање и уколико стечајном судији и стечајном управнику поднесе писани захтев којим се одриче статуса разлучног повериоца, уз истовремено подношење захтева надлежном регистру за брисање терета на имовини на којој има разлучно право. Дакле, да би поверилац стекао својство разлучног повериоца морају кумулативно да буду испуњена два услова: да има облигационо право према стечајном дужнику и да има стварно право залог на његовој имовини ради обезбеђења тог потраживања.⁵⁷

Разлучни повериоци су привилеговани повериоци стечајног дужника који своја потраживања намирују пре стечајних поверилаца и без обзира на ток стечајног поступка.⁵⁸ Отварање стечајног поступка не утиче на положај разлучног повериоца који остаје исти као да стечај није отворен.⁵⁹

Своје потраживање, исто као и стечајни поверилац, остварује само у стечајном поступку подношењем пријаве потраживања, уз изузетак прописан чл. 80 ст. 2 Закона о стечају, када је донета одлука о укидању забране извршења и намирења. Изменама и допунама Закона о стечају побољшан је положај разлучног повериоца,⁶⁰ тако што му је дата могућност да, када је вредност предметне имовине мања од износа његовог обезбеђеног потраживања, а није од кључног значаја за реорганизацију, поднесе писани захтев за укидање забране извршења или намирења који мора да садржи и процену вредности имовине која је предмет разлучног права сачињену од овлашћеног проценитеља најкасније годину дана пре отварања стечајног поступка. Тада стечајни судија доноси одлуку о укидању забране извршења или намирења и разлучни поверилац може да реализује хипотеку, односно ручну залогу ван стечајног поступка. Међутим, уколико не поднесе такав захтев, на разлучног повериоца не може да се пренесе неуновчена имовина на којој има утврђено разлучно право иако је њена вредност мања од потраживања које обезбеђује.⁶¹ Тада се обезбеђена имовина која није продата ни после више покушаја продаје преноси стечајним по-

57 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 8598/12 од 03.04.2014. године, објављено у *Билтену судске праксе привредних судова*, бр. 1/15, 52–53.

58 М. Велимировић, 52.

59 Маријана Дукић – Мијатовић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2010, 228.

60 Вид. више у Г. Ајншпилер Поповић, „Важније новине у стечајном законодавству“, *Стечајни инструктор*, бр. 1/2014, 22.

61 Решење Привредног апелационог суда, 8 Пвж. 321/14 од 2. 7. 2014.

вериоцима са теретом установљеним у корист разлучног повериоца. Такво поступање није целисходно јер се, непотребно, само намећу обавезе стечајним повериоцима, а није у складу ни са циљем стечаја јер се не остварује најповољније намирење стечајних поверилаца, обзиром да је процењена вредност пренете имовине мања од потраживања које обезбеђује, па и уколико стечајни повериоци успеју да продају обезбеђену имовину, право првенства у намирењу имају разлучни повериоци и за стечајне не би остало ништа, а имали би трошкове везане за уновчење имовине.

Посебан проблем представљају и стечајни поступци са великим бројем стечајних поверилаца у којима постоји обезбеђена неуновчена имовина која није продата ни после више покушаја продаје, када није целисходно вршити њен пренос, па се поставља питање оправданости забране преноса неуновчене обезбеђене имовине на разлучне повериоце. У том смислу, требало би дозволити пренос неуновчене обезбеђене имовине на разлучне повериоце, у оним случајевима када не искористе законско овлашћење из чл. 93 ст. 5 Закона о стечају и не поднесу захтев за укидање забране извршења или намирења, а висина њиховог обезбеђеног потраживања је већа од процењене вредности неуновчене имовине којом је обезбеђено.

4. Права заложних поверилаца код преноса имовине на стечајне повериоце

Заложни повериоци који су у стечајно законодавство уведени Законом о изменама и допунама Закона о стечају из 2014. г, за разлику од разлучних, немају потраживање према стечајном дужнику, али имају заложно право на стварима или правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге. Заложни повериоци и нису повериоци у правном смислу те речи јер немају потраживање према стечајном дужнику.⁶²

И поред тога што исто као и разлучни, имају стварно право злоге на имовини стечајног дужника, положај заложних поверилаца је битно другачији у односу на разлучне, јер законодавац заштиту коју пружа разлучном повериоцу кроз право на подношење захтева из чл. 93 ст. 4 и 5 Закона о стечају, не пружа заложном.

Чињеница да, иако и једни и други имају обезбеђење на имовини стечајног дужника, а немају исту законску заштиту, доводи до неједнаког поступања, па је потребно омогућити и заложном поверио-

62 Вид. више у Г. Ајншпилер Поповић, „Појам и положај заложног повериоца“, *Двадесет и пет референца савешовање судија привредних судова Републике Србије*, Радни материјал II, Златибор, 2015, 8.

цу на идентичан начин као и различном, заштиту права кроз могућност подношења захтева из чл. 93 ст. 4 и 5 Закона о стечају.⁶³

5. Излучни повериоци и пренос имовине на стечајне повериоце

Излучни поверилац је лице које, на основу стварног или личног права, има право да тражи да се ствар на којој то право има издвоји из стечајне масе.⁶⁴ Излучни поверилац нема потраживање према стечајном дужнику, већ само право да захтева да се његова ствар њему врати. Та ствар не улази у стечајну масу,⁶⁵ јер „не представља имовину стечајног дужника, већ имовину трећег лица“,⁶⁶ али ју је стечајни управник приликом вршења пописа затекао код стечајног дужника и пописао. Како нема потраживање према стечајном дужнику, већ само право да као власник захтева повраћај своје ствари која се нашла код стечајног дужника, правилнији термин за његово означавање би био „ималац излучног права“.⁶⁷

Своје право може остваривати у стечајном поступку подношењем излучног захтева, али и у другим судским поступцима. Као процесна претпоставка за подношење излучне тужбе не тражи се да је претходно поднет излучни захтев у стечајном поступку, да је оспорено излучно право и да је дат упут на парницу.⁶⁸ Међутим, ради заштите својих права пожељно је да излучни поверилац поднесе излучни захтев у стечајном поступку, да би стечајног управника упознао са својим правом, уколико исто није уписано у јавне књиге. На тај начин би избегао да у стечајном поступку, због необавештености стечајног управника, дође до продаје његове ствари.

Пренос неуновчене имовине у стечају на стечајне повериоце без утицаја је на излучне повериоце, осим уколико пре стечаја дође до отуђења ствари на којој излучни поверилац има излучно право. У том случају, уколико је противчинида извршена, излучни поверилац има право на накнаду штете као стечајни поверилац.

63 *Ibid.*, 7–25.

64 ЗС, чл. 50 ст. 1.

65 ЗС, чл. 50 ст. 3 и чл. 112 ст. 1.

66 Д. Б. Слијепчевић, 33.

67 Мирјана Радовић, „Стечајноправне последице неовлашћеног отуђења предмета излучног права“, у: Светислав Табороши (ур.), *Развој правног система Србије у харонизацији са правом ЕУ: ирилози Пројекту 2010*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 72.

68 Решење Привредног апелационог суда Пж. 8781/11 од 27. 10. 2011. г, објављено у *Билтену судске праксе привредних судова* бр. 4/12, 89–90.

Дакле, тада статус излучног повериоца неће ни стећи, јер се ствар не налази у стечајној маси, већ своје право може остварити као стечајни поверилац подношењем пријаве потраживања. У том случају био би у истом положају као и стечајни повериоци трећег исплатног реда у који би било сврстано његово потраживање, те би намирење зависило од расположиве деобне масе.⁶⁹ Само тада би његово потраживања, као потраживање стечајног повериоца, могло да буде намирено и преносом неуновчене имовине стечајног дужника.

VII Закључак

Стечајни поступак се спроводи ради заштите интереса стечајних поверилаца и њиховог колективног и најповољнијег намирења. Ако дуго траје ствара трошкове који смањују деобну масу за поделу стечајним повериоцима, а врши се и повреда уставом гарантованог права на окончање судског поступка у разумном року. Најчешћи разлог дугог трајања стечајних поступака је постојање неуновчене имовине. Наше постојеће законско решење се састоји у преносу неуновчене имовине на стечајне повериоце, ако стечајни судија процени да је целисходно. Уколико би се остало при наведеном решењу, то би захтевало измену закона тако што би се за имовину која се не може уновчити ни после више покушаја продаје, уместо досадашњег термина нерасподељени делови стечајне масе, увео термин неуновчиви предмети стечајне масе или неуновчиви делови стечајне масе, који боље означавају њен појам, указујући да се ради о ретким ситуацијама у којима се имовина није могла уновчити и поред свих покушаја стечајног управника предузетих у складу са Законом о стечају.

Такође би требало другачије дефинисати банкротство у чл. 1 ст. 3 Закона које сада упућује на то да се стечајни поступак спроводи продајом целокупне имовине стечајног дужника, уместо из његове вредности.

Осим тога, пренос неуновчене имовине на стечајне повериоце би требало условити њиховим пристанком, имајући у виду да пријава потраживања представља захтев за новчаном исплатом и да се не може претпоставити да је стечајни поверилац пријавом новчаног потраживања пристао и на намирење преносом имовине. Уколико стечајни повериоци не би пристали на пренос неуновчене имовине иста би могла да се препусти оснивачима стечајног дужника. Друго решење

69 Г. Ајншилер Поповић, „Положај излучног повериоца кроз праксу Привредног апелационог суда“, у: Драгиша Б. Слијепчевић (ред.), *Примена њојединих инстџиу-џа стечаја*, Зборник радова, Глосаријум, Београд, 2014, 95.

би могло да буде да одлука о неуновчивим предмети стечајне масе буде препуштена стечајним повериоцима који би је доносили на завршном рочишту, а уколико је не донесу неуновчена имовин би могла да се препусти оснивачима стечајног дужника.

Требало би дозволити да се на разлучне повериоце пренесе неуновчена имовина на којој имају утврђено разлучно право, уколико је њена вредност мања од потраживања које обезбеђује, а нису поднели захтев из чл. 93 ст. 5 Закона о стечају, јер се преносом такве имовине на стечајне повериоце не остварује циљ стечајног поступка.

Такође би требало омогућити заложном повериоцу да заштиту свог права у стечајном поступку оствари кроз подношење захтева из чл. 93 ст. 4 и 5 Закона о стечају. На тај начин би се решио и проблем неуновчене имовине на којој заложни поверилац има заложно право.

Ради уштеде знатних средстава који одлазе на трошкове оглашавања имовине која се продаје, требало би оглашавање продаје имовине у стечају вршити путем сајта Привредног апелационог суда, Агенције за лиценцирање стечајних управника и Привредне коморе. Тиме би се ширем кругу лице учинило доступним обавештење о продаји имовине у стечају и решио проблем неуновчиве имовине у стечајним поступцима у којима постоји недостатак средстава за оглашавање продаје.

У сваком случају потребно је кроз измену прописа који уређују ову област боље регулисати овај институт у циљу бржег закључења стечајног поступка, у интересу свих његових учесника, а пре свега стечајних поверилаца ради којих се стечајни поступак и води.

Aleksandra ĐORĐEVIĆ, M.A.

Senior judicial assistant in the Commercial Court of Kragujevac

LEGAL TREATMENT OF UNREALIZED PROPERTY OF A DEBTOR IN BANKRUPTCY

Summary

The unrealized property of a debtor in bankruptcy is, in the narrow sense, the property that the bankruptcy administrator failed to cash in or realize after several legally enforced attempts to do so. The law on bankruptcy, as an exception to the rule, stipulates that in this case the final division may be approached and that the decision on the undivided parts of the bankruptcy estate, as they are defined, is made by the bankruptcy judge, but he does not regulate a detailed treatment of the assets which have not been realized. In this paper, we analysed the legal treatment of the unrealized property of the debtor bankruptcy in the bankruptcy legislation of the Republic of Serbia, the transfer of unrealized assets onto bankruptcy creditors and the legal consequences of the transfer from the point of view of all creditors in bankruptcy proceedings. The author's conclusion is that the legal term denoting this property is not an adequate one and that the term non-monetizable assets of the bankruptcy estate would best determine the property in question. Apart from that, the author advocates for a more detailed legal arrangement of this institute as well, in order to speed up the completion of bankruptcy proceedings and to protect the interests of its participants, and above all the bankruptcy creditors for whom the bankruptcy proceedings are being conducted.

Key words: *unrealized property of a debtor in bankruptcy, transfer of unrealized property onto creditors in bankruptcy, the rights of bankruptcy creditors in the transfer process.*

Оліа МИТРОВИЋ

студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

ОДНОС ЗЛОСТАВЉАЊА НА РАДУ И СЕКСУАЛНОГ УЗНЕМИРАВАЊА У РАДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

У циљу очувања достојанства на раду, право Републике Србије изнедрило је решења у погледу заштите од злостављања на раду и сексуалног узнемиравања. Ипак, недоследности које карактеришу Закон о спречавању злостављања на раду и Закон о раду у којима су дефинисани, чине комплексним разграничење ових институција у пракси, баш као и обезбеђивање деловорне заштите адресата ових понашања. Стога, у раду су анализирани битни елементи оба правна поља, уз осврт на уједноправна решења. Размајрајући сличности, али и особености ових институција, закључили смо да је основ њиховој разликовања у мотиву за предузимање недоуштеног понашања, односно то да ли је оно инспирирано личним својством адресата или личним односом извршиоца према њему. Тако се и у судској пракси, зависно од постојања дискриминаторској основа који се тиче пола жртве, сексуално узнемиравање може квалификовати као посебан облик дискриминације или као злостављање на раду.

Кључне речи: *достојанство на раду, злостављање на раду, сексуално узнемиравање, дискриминација, судска пракса.*

I Увод

Достојанство на раду, као фундаментална вредност и једно од основних права запослених, подразумева, између осталог, и заштиту њиховог здравља и безбедности, чији се зачеци везују за превенцију несрећа на раду. Промене у савременим радноправним односима, водиле су новом концепту заштите имајући у виду тенденцију смањења случајева несрећа на раду у најразвијенијим земљама света, уз истовремени пораст броја професионалних болести, посебно оних условљених стресом на раду.¹ Тако се указала потреба не само заштите радника „плавих крагни“, већ и радника „белих крагни“, изложених ризицима од стреса и низом психосоматских обољења условљених њиме. Оправданост овог приступа почива у томе што је „здравље стање потпуног физичког, менталног и социјалног благостања, а не само одсуство болести или онеспособљености“.²

У праву Републике Србије, непосредна забрана злостављања на раду³ садржана је у Закону о спречавању злостављања на раду.⁴ Пре него што је овај закон донет, домаћи судови су пружали заштиту од злостављања на раду позивајући се на одредбе о *шикани*,⁵ и подвођењем понашања која успостављају злостављање под одређена кривична дела. Одредбама Закона о раду⁶ забрањено је сексуално узнемиравање, као посебан облик дискриминације. Непрецизност наведених законских решења приликом дефинисања ових института у пракси може резултирати њиховим преклапањем. Повлачење линије њиховог разграничења је од важности будући да опредељује поступак заштите адресата. Чини се да је комплексан задатак пред српским судовима јер не постоји развијена судска пракса у примени новог законског оквира.

Стога, указује се потреба за разматрањем сличности, али и особености злостављања на раду и сексуалног узнемиравања, чији је заједнички елемент садржан у концепцији достојанства на раду.

1 Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2014, 146.

2 Устав Светске здравствене организације (Constitution of the World Health Organization, as adopted by International Health Conference, New York, 19–22 July 1946 (*Official Records of the World Health Organization*, no. 2, 100), преамбула).

3 У раду користимо термин „злостављање на раду“ како то чини домаћи законодавац у Закону о спречавању злостављања на раду. Терминолошку разноврсност у означавању злостављања на раду у литератури карактерише, између осталог, и употреба израза „мобинг“, „булинг“, као и „психичко узнемиравање на раду“.

4 Закон о спречавању злостављања на раду – ЗСЗР, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010.

5 Марио Рељановић, Александра Петровић, „Шиканозно вршење права, дискриминација и злостављање на раду – законска регулатива и пракса“, *Правни зајиси*, бр. 1/2011, 188.

6 Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, чл. 21 ст. 3.

II Достојанство на раду

Претходно уобичавано пером филозофа и политичара, право на достојанство након Другог светског рата, бива инкорпорирано у међународним актима о људским правима. Универзалном декларацијом о људским правима Уједињених нација од 1948. године, потврђено је да се „сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима“.⁷

Устав РС јемчи право на рад, те да „свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада“, и да се „нико тих права не може одрећи“.⁸

Специфичност радног односа, кога карактерише правна субординација, оличена у управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца, те доборовољно прихваћеној обавези запосленог да се подређује одговарајућим послодавчевим овлашћењима, погодна је тле за поремећај међуљудских односа на раду, будући да је прати ризик да јача страна злоупотреби своја овлашћења.⁹ Проблеми не заобилазе ни односе између колега, међу којима нема субординације. Отуда и потреба за правним механизмима у захтеву за очувањем достојанства на раду, кроз заштиту од злостављања и сексуалног узнемиравања.

III Битни елементи појма злостављања на раду

Злостављање на раду било је предмет интересовања ванправних научних области, те су у раду немачког психолога Лејмана (*Heinz Leymann*), први пут обрађена основна обележја и елементи понашања којима се оно успоставља.¹⁰ У праву Шведске, први пут је непосредно забрањено злостављање на раду Уредбом о виктимизацији на раду.¹¹

Злостављање на раду у комунитарном правном оквиру (садржаном пре свега у Директивама 2000/43/ЕЗ и 2000/78/ЕЗ) представља облик дискриминације. У праву Француске заштита од злостављања на раду садржана је у одредбама Закона о раду, као и Кривичног законика, који

7 Универзална декларација о људским правима (Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217 /III/ of 10 December 1948), чл. 1.

8 Устав Републике Србије – УРС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 60 ст. 1 и 4.

9 Љубинка Ковачевић, „Битни елементи правног појма психичког узнемиравања на раду“, *Развој јравној система Србије и хармонизација са јравом ЕУ* (ур. Светислав Табороши), Београд, 2011, 171.

10 Љубинка Ковачевић, „Појам злостављања на раду у законодавству и судској пракси Републике Србије“, *Казнена реакција у Србији – гео VI* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2016, 221.

11 Мирјана Поповић, *Дискриминација и мобинџи у судској пракси*, Београд, 2014, 55.

за учиниоце злостављања предвиђа казну затвора од једне године или новчану казну од 15.000 евра.¹² У Белгији је 2002. године донет Закон о заштити од насиља, злостављања на раду и сексуалног узнемиравања.¹³

Посредна забрана злостављања на раду у праву Републике Србије, поред уставне гаранције неповредивости људског достојанства и права на поштовање достојанства личности на раду,¹⁴ садржана је у одредбама ЗР,¹⁵ као и Закону о безбедности и здрављу на раду.¹⁶ „Кривични законик“¹⁷ не садржи посебне одредбе којима се директно пружа заштита од злостављања на раду, али се она посредно може пружити кроз одредбе неких чланова (нпр. чл. 119, ст. 5; чл. 137; чл. 163; чл. 165; чл. 181 КЗ).¹⁸

Непосредна забрана злостављања на раду, садржана је у ЗСЗР са пратећим Правилником.¹⁹ Сагласно одредбама ЗСЗР, злостављање на раду представља „свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које има за циљ или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор“, као и подстицање или навођење других на такво понашање.²⁰

Битни елементи понашања којим се успоставља злостављање на раду, уочени анализом законске дефиниције су: 1. понављање, односно учесталост одређеног понашања; 2. (негативан) утицај на личност (достојанство, углед, /лични и професионални интегритет/, здравље) и положај запосленог, односно његово радно окружење.²¹

12 Maria Isabel S. Guerrero, „The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step towards EU Legislation“, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 27, 2/2004, 491.

13 Roger Blanpain, *Labour Law in Belgium*, The Hague, 2012, 165–167.

14 УРС, чл. 23 ст. 1 и чл. 60 ст. 4.

15 ЗР, чл. 12 ст. 1.

16 Закон о безбедности и здрављу на раду, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015, чл. 4 тач. 4.

17 Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

18 Ђорђе Игњатовић, Биљана Симеуновић-Патић, *Виктимологија – ошшии гео*, Београд, 2015, 247.

19 Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду – Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 62/2010.

20 ЗСЗР, чл. 6 ст. 1 и 2.

21 Љ. Ковачевић (2016), 224.

Како одредбама ЗСЗР нису прецизирани оквирно трајање и учесталост понашања које конституише злостављање, то је елемент који се у пракси чини спорним, па је препуштено суду да у конкретном случају цени да ли је испуњен временски услов, у смислу *ионављања* предметног понашања.²²

Став домаћих судова је да злостављање на раду представља понашање са карактеристикама дефинисаним словом закона, које се понавља, те да га нема када се оствари један конфликт.²³ Добрим решењем чини се оцена суда да распоређивање тужиоца у изоловану просторију представља једну радњу, али се с обзиром на *континуиуишеи боравка* у овом простору, погоршања услова рада и довођења до тога да се он изолује, може сматрати злостављањем на раду.²⁴ Једна радња сама за себе не може се посматрати изоловано, већ је потребно сагледати све околности конкретног случаја и проценити понашање послодавца или другог запосленог, њихову намеру и ефекте које је оно произвело на запосленог.²⁵

Непрецизност законске дефиниције видљива је у синтагми „*не-џријателско, ионижавајуће или увредљиво окружење*“. Њено значење „оживљава“ у светлости америчке концепције „непријатељског радног окружења“ (*hostile working environment*), које према пракси америчких судова, ствара понашање које је довољно жестоко (*severe*) или распрострањено (*pervasive*) да може да деградира услове рада, имајући у виду социјални и културни контекст радног окружења.²⁶

Злостављање на раду у домаћој судској пракси представља ситуација у којој је директор често викао на тужиљу и вређао је, говорећи јој да је „нерадник“ пред већим бројем запослених, те да ће са првом систематизацијом добити отказ.²⁷ Његов модалитет представља и „мо-

22 Лејманово становиште је да се активности које конституишу мобинг понављају скоро сваког дана током дужег временског периода, а најмање шест месеци, те да због своје учесталости и трајања, резултују знатним физичким, психосоматским и социјалним проблемима пацијената. Види: Heinz Leymann, „Mobbing and Psychological Terror at Workplaces“, *Violence and Victims*, vol. 5, 2/1990, 120.

23 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 5163/2013, од 4. 9. 2013, доступно на: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/gz1-5163-2013.html>, 25. 12. 2016.

24 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 5495/2012, од 31. 12. 2012, доступно на: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/gz1-5495-12.html>, 25. 12. 2016.

25 Мирјана Поповић, „Спорна питања у примени Закона о спречавању злостављања на раду“, *Правни живоић*, бр. 7–8/2013, 103.

26 Љ. Ковачевић (2011), 189.

27 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 1104/13, од 10.04.2013, нав. према: М. Поповић (2014), 77–78.

бинг празног стола“ попут обављања послова неквалификованог радника (вађење ексера из палета) који су испод знања и способности тужиље.²⁸

Специфичност правне субординације, битног елемента радног односа, огледа се у вршењу управљачке, дисциплинске и нормативне власти послодавца, а на које је запослени добровољно пристао.²⁹ Тако, злостављање на раду не представља упозорење о отказу уговора о раду туженом од стране директора због теже повреде радне дисциплине учињене вршењем увида у предмет једног од запослених, те неовлашћено фотографисање приватним мобилним телефоном деловодника у који је тај предмет заведен,³⁰ као ни одлука непосредног руководиоца о ускраћивању службеног телефона у приватне сврхе.³¹

Осетљиво питање везује се за деловање послодавца, који изашавши из оквира редовног вршења власти која му припада, злоупотреби своја овлашћења. Послодавац, који после захтева инспектора рада за принудним извршењем свог решења, доноси ново решење о отказу у кратком року са формално идентичним разлозима (технолошки вишак), као и код ранијег, врши злоупотребу права јер тежи спречавању извршења одлуке надлежног државног органа, и „кажњава“ запосленог који се обратио органу за заштиту права. Овакав приступ судске праксе не треба схватити као правило, имајући у виду да су злоупотреба права и злостављање на раду одвојени институти, и да злостављање може постојати и онда када нема шиканозног вршења послодавчевих овлашћења или других случајева злоупотребе његових права.³²

IV Битни елементи појма сексуалног узнемиравања

Историјат уређивања заштите од сексуалног узнемиравања везује се за америчко право, где је у почетку било инкриминисано у контексту опште забране дискриминације, садржане у делу VII Закона о грађанским правима (*Civil Rights Act of 1964*), потврђене у пресуди Врховног суда САД у случају *Meritor Savings Bank v. Vinson*.³³

28 Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2. 321/12, од 27.06.2012, нав. према: М. Поповић (2014), 70–73.

29 Љ. Ковачевић (2011), 171.

30 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 663/12, од 09.02.2012, нав. према: М. Поповић (2014), 80.

31 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 2431/12, од 13.03.2013, нав. према: М. Поповић (2014), 81.

32 Љ. Ковачевић (2016), 234.

33 Loïc Lerouge, Camille L. Hébert, „The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of

У правима других држава, сексуално узнемиравање је регулисано одредбама дискриминаторског законодавства,³⁴ радног,³⁵ грађанског и кривичног права, али и у сфери заштите здравља и безбедности на раду.³⁶

Правни оквир посредне забране злостављања на раду у српском праву са уставноправног и радноправног аспекта, применљив је и на случајеве сексуалног узнемиравања. На кривичноправном нивоу посредна заштита би могла бити остварена у оквиру инкриминације Обљуба злоупотребом положаја.³⁷

Како Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, тзв. Истанбулска конвенција,³⁸ установљава обавезу да се пропише више кривичних дела која се могу окарактерисати као насиље према женама,³⁹ тако је изменама и допунама Кривичног законика од 2016. године, које су ступиле на снагу 01.06.2017. године, предвиђено кривично дело Полно узнемиравање.⁴⁰ Ипак, кривичноправна заштита је неопходна када се ради о најгрубљим актима сексуалног узнемиравања, те само његово постојање, без специфичне заштите предвиђене радноправним прописима не води решењу проблема. Кривичноправна заштита је *ultima ratio* у остваривању заштите, кривични поступак има своју строгу форму, доказивање је компликовано, дуго траје, тако да ово решење не може да пружи брзу и адекватну заштиту.⁴¹

Непосредна забрана сексуалног узнемиравања, садржана је у ЗР, који га одређује као „свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог у сфери полног живота, а које

France's New Sexual Harassment Law“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, 1/2013, 97–98.

34 Martin E. Risak, *Labour Law in Austria*, The Hague, 2010, 52.

35 Zbigniew Hajn, Leszek Mitrus, *Labour Law in Poland*, The Hague, 2016, 72.

36 Jane Aeberhard-Hodges, „Sexual Harassment in Employment: Recent Judicial and Arbitral Trends“, *International Labour Review*, vol. 135, 5/1996, 500.

37 КЗ, чл. 181 ст. 1.

38 Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence as adopted by Council of Europe, Istanbul, 11 May 2011, *Council of Europe Treaty Series – No. 210*).

39 Зоран Стојановић, „Усаглашавање КЗ Србије са Истанбулском конвенцијом“, *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друшћа актуелна питања у правном систему Србије* (ур. Горан Илић), Копоник, 2016, 9.

40 КЗ, чл. 182а.

41 Слађана Јовановић, Биљана Симеуновић-Патић, „Заштита од сексуалног узнемиравања на раду у праву Европске уније“, *Темида*, бр. 4/2006, 24.

изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење.⁴²

Битни елементи сексуалног узнемиравања према законској дефиницији су: 1. нежељеност понашања које га конституише; 2. други елемент се везује за концепцију достојанства на раду.⁴³

Са упоредноправног аспекта критеријум *нежељености* је углавном садржан у дефиницијама сексуалног узнемиравања, међутим, супротну праксу показује холандско право, где је изостављање овог атрибута тежња да се допринесе заштити адресата, јер би супротно водило проблему терета доказивања да је понашање по његовој субјективној оцени било нежељено.⁴⁴ Присутан је и став да је потребно изнаћи објективни стандард,⁴⁵ а под који се може подвести „непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“, те стандард „разумности“ (*reasonableness*), карактеристичан за право Америке и Малте, који не сагледава постојање сексуалног узнемиравања из перцепције адресата, већ перспективе *разумној човека*.⁴⁶

Достојанство је уткано у дефиницију сексуалног узнемиравања у ЗР, те је реч о понашању које има за циљ или представља повреду овог добра. У праву европских држава, нагласак је на концепцији достојанства, што је традиционалан приступ насупрот америчком виђењу сексуалног узнемиравања као дискриминације.⁴⁷ Тежња да се у европским оквирима сексуално узнемиравање експлицитно дефинише као облик дискриминације, изнедрила је двојаки приступ: *harassment related to sex* и *sexual harassment*. Њихово разликовање почива у томе што је у првом случају реч о нежељеном понашању, које није сексуалне природе, али је нужно постојање *узрочне везе између њега и дискриминацијорској основа који се њиче њола жрџиве*. У другом случају, супротно, не захтева се постојање такве везе, али мора бити речи о нежељеном понашању *сексуалне љрироде*.⁴⁸

42 ЗР, чл. 21 ст. 3.

43 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, 425–433.

44 Ann Numhauser-Henning, Sylvaine Laulom, *Harassment Related to Sex and Sexual Harassment in 33 European Countries*, 2012, 203.

45 Став Врховног суда Холандије је да треба изнаћи објективни стандард, те да субјективна перцепција жртве није релевантна. Hoge Raad der Nederlanden, 202/2009, 10.07.2009, нав. према: А. Numhauser-Henning, S. Laulom, 24.

46 Deirdre McCann, „Sexual Harassment at Work: National and International Responses“, *Conditions of Work and Employment Series*, 2/2005, 19, нав. према: Љ. Ковачевић (2013), 432.

47 А. Numhauser-Henning, S. Laulom, 1.

48 Rikki Holtmaat, „Sexual Harassment and Harassment on the Ground of Sex in EU Law: a Conceptual Clarification“, *European Gender Equality Law Review*, бр. 2/2011, 6.

Сексуално узнемиравање представља понашање које изазива страх или ствара „непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“. Значење наведене синтагме се „открива“ кроз стандард „непријатељског окружења“.⁴⁹

Пракса америчких судова препознаје две посебне врсте сексуалног узнемиравања: (*quid pro quo*) узнемиравање, које карактерише послодавчева понуда сексуалне природе у замену за остваривање неког права из радног односа, и узнемиравање које ствара непријатељско окружење (*hostile environment*),⁵⁰ које није праћено уценом од стране послодавца, али је за адресата нежељено.

Одредбама ЗР не чини се разлика између *сексуалног уцењивања* и *сексуалног узнемиравања које ствара непријатељско окружење*. Закон о равноправности полова непосредно забрањује сексуално уцењивање.⁵¹ Према одредбама Правилника, сексуалним узнемиравањем се може сматрати „навођење на прихватање понашања сексуалне природе уз обећање награде, претњу или уцену“.⁵²

V Злостављање на раду и сексуално узнемиравање – сличности и разлике

Анализом законских дефиниција злостављања на раду и сексуалног узнемиравања, примећујемо да је тешко повући прецизну линију њиховог разграничења, те се чини да је пред судском праксом озбиљан задатак како би се избегло њихово поистовећивање.

Повреда *достојанства на раду* представља *genus proximum* оба института.⁵³ Такође, злостављање на раду и сексуално узнемиравање, конституише понашање које ствара „непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“. *Нежељености* активности којима се успостављају представља њихову заједничку карактеристику, иако српски законодавац овај критеријум стриктно не предвиђа у њиховим дефиницијама. Занимљиво да је овај атрибут наведен у одредбама ЗР којима је одређено

49 L. Lerouge, C. L. Hébert, 107.

50 Vicky Shultz, „Global Perspectives on Workplace Harassment“, *Employee Rights and Employment Policy Journal*, vol. 8, 1/2004, 162–163.

51 Закон о равноправности полова – ЗРП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, чл. 10 ст. 1 тач. 8 и чл. 18.

52 Правилник, чл. 12 тач. 6 ал. 3.

53 Бранко Лубарда, „Мобинг/булинг на раду: Злостављање/заstraшивање на раду – правни аспекти, уз осврт на медицинске, психо-социјалне и економске аспекте“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (ур. Стеван Лилић), Београд, 2008, 70.

дискриминаторско узнемиравање.⁵⁴ Ипак, чини се прихватљивим ставише неких страних аутора да изостављање овог елемента доприноси заштити жртве, те избегавању проблема терета доказивања да је понашање по њеној субјективној оцени било нежељено.⁵⁵

Ипак, оба института одликује низ особености. Нежељено понашање које конституише сексуално узнемиравање, за разлику од злостављања, везује се за повреду достојанства у сфери *јолној живојша* адресата.⁵⁶ ЗРП одређује сексуално узнемиравање као „нежељени вербални, невербални или физички акт сексуалне природе, учињен са намером или последицом повреде достојанства, стварања застрашујућег, непријатељског, деградирајућег или увредљивог окружења, заснован на полу“.⁵⁷ Нагласак је на *сексуалној ѿприроди* активности, с тим што је њихова заснованост на *дискриминајторском основу који се тиче јола агресијша*, заједничко обележје обе дефиниције сексуалног узнемиравања.

Злостављање на раду успоставља понашање које се *јонавља*, иако је став домаће судске праксе да је изузетно довољна и једна радња.⁵⁸ Законско одређење сексуалног узнемиравања не садржи такав временски услов, те га може представљати и један поступак, као у случају *сексуалној уцењивања*.

Основна тачка разграничења института почива у *разлозима* за предузимање недопуштеног понашања, због чега се само дискриминаторско и сексуално узнемиравање, не и злостављање на раду, могу квалификовати као посебни облици дискриминације.⁵⁹

Инспирисан комунитарним правом, ЗР непосредно забрањује узнемиравање и сексуално узнемиравање као посебне облике дискриминације. У том смислу, квалификовањем сексуалног узнемиравања као дискриминације која се тиче пола запосленог односно лица које тражи запослење, можемо говорити о злостављању на раду и сексуалном узнемиравању као различитим институтима. Ипак, законске недоследности чине задатак комплекснијим. Недоумицу ствара и то што се одредбе ЗСЗР примењују и на случајеве сексуалног узнемиравања, у складу за законом који уређује рад.⁶⁰ Интересантно је да наведена одредба упућује

54 ЗР, чл. 21 ст. 2.

55 A. Numhauser-Henning, S. Laulom, 203.

56 ЗР, чл. 21 ст. 3.

57 ЗРП, чл. 10 ст. 1 тач. 7.

58 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 5495/2012, од 31. 12. 2012, доступно на: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/gz1-5495-12.html>, 25. 12. 2016.

59 Љ. Ковачевић (2016), 219.

60 ЗСЗР, чл. 3.

на дефиницију сексуалног узнемиравања у ЗР, који га одређује као облик дискриминације, те се поставља питање не само односа злостављања на раду и сексуалног узнемиравања, већ и дискриминације.

Становиште по коме се између злостављања на раду и дискриминације не сме ставити знак једнакости чини се оправданим. Закон о забрани дискриминације предвиђа да је „забрањено узнемиравање и понижавајуће поступање које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица *на основу њиховој личној својства*, а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“.⁶¹ Суштинску разлику представља *моћив* за предузимање недопуштеног понашања, те се код дискриминације оно предузима због *личној својства адресата* које га одређује као припадника шире групе, док је у основи злостављања *лични однос извршиоца према жриви или економска добити* (у случају тзв. стратешког злостављања).⁶²

VI Судска пракса и законске недоследности

Однос злостављања на раду и сексуалног узнемиравања у судској пракси зависи од *моћива* за предузимање нежељеног понашања, те да ли је оно последица личног својства жртве или личног односа извршиоца према њој. Зато се прво указује потреба суда, да разматрајући наводе конкретног случаја, цени постојање дискриминаторског основа који се тиче пола адесата. Уколико је одговор потврдан, сексуално узнемиравање представља посебан облик дискриминације, а заштита адресату биће пружена у складу са ЗР. У том случају реч је о два различита института – злостављању на раду и сексуалном узнемиравању као облику дискриминације који се тиче пола жртве. Међутим, ако суд није нашао да постоји дискриминаторски основ који се тиче пола жртве, већ је реч о нежељеним активностима сексуалне природе базираним на личној односу извршиоца према њој, заштита ће бити пружена у смислу одредаба ЗСЗР.

Иако комунитарни концепт сагледава сексуално узнемиравање као облик дискриминације, те му се и наша држава у процесу хармонизације приближава, наведени приступ нам је прихватљивији, с обзиром на непрецизности у законима којима је материја регулисана.

Сматрамо да је до изналагања адекватнијих законских решења, пред судовима да сагледавши околности конкретног случаја цене мотив за предузимање нежељеног понашања, чиме би избегли конфузију

61 Закон о забрани дискриминације – ЗЗД, *Службени гласник РС*, бр. 22/2009, чл. 12.

62 М. Рељановић, А. Петровић, 192.

у примени одговарајућег правног оквира за заштиту. Стога, сексуално узнемиравање у српском праву није дефинисано као самосталан институт, већ је на судовима да га одреде као *йосебан облик дискриминације који се тиче йола адресата или злостављање на раду*.

VII Закључак

Очувању достојанства на раду од ризика оличених у злостављању на раду и сексуалном узнемиравању, домаћи законодавац је посветио пажњу доношењем ЗСЗР, у коме је садржана непосредна забрана злостављања на раду, док је сексуално узнемиравање у ЗР одређено као посебан облик дискриминације. Ипак, такав правни оквир карактеристичан за недоследности, које судску праксу стављају пред комплексан задатак њиховог разграничења, које је од значаја за примену адекватног поступка за заштиту адресата.

Концепт достојанства на раду, уткан је у законске дефиниције злостављања на раду и сексуалног узнемиравања, представљајући њихову спону. Заједничке одреднице понашања која их конституишу су критеријум нежељености, те да оба стварају „непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“. Особеност злостављања је у томе што га успоставља понашање које се понавља, иако је став домаће судске праксе да је изузетно довољна и једна радња, насупрот сексуалном узнемиравању које може представљати и један поступак, као у случају сексуалног уцењивања.

Суштинска разлика између ових института почива у мотиву за предузимањем нежељеног понашања. Уколико је оно инспирисано личним својством адресата (у овом случају то је пол), сексуално узнемиравање представља посебан облик дискриминације. Међутим, уколико су активности резултат личног односа извршиоца према жртви биће одређено као злостављање на раду. Стога, се примарном указује потреба да судови размотре да ли је понашање извршиоца мотивисано дискриминаторским основом који се тиче пола жртве, јер од одговора зависи однос злостављања на раду и сексуалног узнемиравања. Управо, то је од суштинске важности за судску праксу, која је суочена са проблемом примене одговарајућег поступка за заштиту жртве.

Такође, изменама и допунама Кривичног законика које су ступиле на снагу 1. 6. 2017. године, предвиђено је кривично дело Полно узнемиравање, те ће жртве моћи да остваре заштиту и у кривичном поступку. Ипак, треба имати у виду да је кривичноправна заштита *ultima ratio*.

Несумњиво је пред српским судовима комплексан задатак разграничења злостављања на раду и сексуалног узнемиравања, који додатно отежава неразвијена судска пракса у примени важећег правног оквира. Ипак, до изналагања нових законских решења, чини се прихватљивим да судови, зависно од *моћива* за предузимање предметног понашања сексуално узнемиравање одреде као облик дискриминације који се тиче пола адресата или као злостављање на раду.

Olga MITROVIĆ

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

THE RELATIONSHIP BETWEEN MORAL HARASSMENT AND SEXUAL HARASSMENT IN SERBIAN LABOUR LEGISLATION AND CASE LAW

Summary

In order to ensure dignity at work, statutory provisions for protection against moral harassment and sexual harassment at workplace were incorporated in Serbian legislation. However, the lack of a precise definition of these terms in the Law on Prevention of Moral Harassment at the Workplace and the Labour Law makes it difficult to distinguish between these legal notions in the courtroom practice and complicates the implementation of protection procedures. Therefore, this paper analyses the essential elements of both notions, with reference to solutions provided in foreign legislation. Upon considering the similarities and differences between these two legal notions, we concluded that the ground for their distinction is the motive for the violation of dignity, i.e. whether it is gender-related or whether it is a result of the personal attitude of the perpetrator. Thus, in the courtroom practice, depending on the existence of discriminatory grounds (in this case the gender of the victim), sexual harassment will be qualified as a special form of discrimination or moral harassment at work.

Key words: *dignity at work, moral harassment, sexual harassment, discrimination, case law.*

Соња ЧЕКИЋ
мастер европских интеграција

ДИГИТАЛНЕ ПЛАТФОРМЕ: АНТИМОНОПОЛСКА АНАЛИЗА ДВОСТРАНИХ ТРЖИШТА

Резиме

Једна од најзначајнијих актуелних дискусија у економској теорији је фокусирана на тржиште које окупа две различите групе физичких или правних лица која желе да комуницирају преко „платформи“ и где интеракција зависи од броја учесника који се прикључују истој. Овај чланак има тенденцију да се фокусира на основним принципима који се односе на двострано тржиште, екстерналије, учеснике, странице цена и потенцијалне злоупотребе овој релативно новој начина пословања. На страницама које следе ће бити изнет пример једног од типичних двостраних тржишта, а то су платформе кредитних картица, и представљен најновији ток одлука у вези са провизијском структуром у оквиру картичног система плаћања. Мало се зна о теоријској основи двостраних команија, и још увек није јасно који фактори их разликују од традиционалних привредних друштва; свакако, анализа са становишта права конкуренције је неизоставна и значајна. Ово указује на потребу да се разумеју различите перцепције двостраног тржишта које постоје међу корисницима; и шансу да се на нов и занимљив начин представи скупу индустријских предмета у вези са овим изражавањем одлучених од стране главних органа Европске уније – Европске комисије и Европског суда правде.

Кључне речи: двострано тржиште, платформе, посредовање, цене, платформе картице.

I Појам

Имајући у виду тежњу двостраних платформи да постану кључни инструмент у модерном пословању, циљ овог истраживања је увид у њихово теоријско и практично коришћење са освртом на право Европске уније. У погледу заштите права конкуренције а на нивоу Европске уније, првенствено компанија у изворном значењу, а потом и двостраних платформи, приказаћемо решења која нуди Уговор о функционисању Европске уније. Јединствено и слободно тржиште, као основни циљ Европске уније, праћен одлукама које су усвојиле институције ЕУ, креирају значајан институционални аранжман релевантан за анализу двостраних платформи.

Имајући у виду правну сигурност, неопходно је разумети стратегије које двостране платформе представљају како би максимизирале свој профит у оквиру система, и истражити могућа решења у корист потрошача. На самом крају представимо неке од најзанимљивијих случајева на простору Европске уније, везаних за конкуренцију између компанија које послују као двострано тржишно оријентисане.

1. Дефинисање двостраних тржишта

У економској и правној теорији, двострано тржишно питање започело је своју експанзију у последње два деценије. Израз „двострана тржишта“ првобитно се појављује у раду Ј. Рошеа и Ј. Тирола, „Platform Competition in Two-Sided Markets“, док су други аутори усвојили терминологију „тржишта са двостраним платформама“.¹ Појам двостраних тржишта је дефинисан на различите начине. Тако га нпр., М. Амстронг представља као „две групе посредника који комуницирају преко „платформи“, где воља једне групе од приступања платформи зависи од величине друге групе која се прикључује платформи.“² Роше и Тирол³ тумаче двострано тржиште у смислу мрежних екстерналија и обостране користи остварене из умрежавања.⁴ Слично томе, Дејвид С. Еванс

1 D. Evans, „The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets“, *Yale Journal on Regulation*, 20/2003.

2 M. Armstrong, „Competition in Two-sided Markets“, *RAND Journal of Economics*, 37/2006, 668.

3 C. Rochet, J. Tirole, „Platform Competition in Two-Sided Markets“, *Journal of the European Economic Association*, 1/ 2003, 990.

4 „More generally, many if not most markets with network externalities are characterized by the presence of two distinct sides whose ultimate benefit stems from interacting through a common platform.“ *Ibid.*

индентификује вишестраност као „платформу која омогућава два различитим али повезаним групама купаца да остваре корисност“.⁵

Како сам израз претпоставља, можемо закључити да у овом случају имамо најмање два сегмента – корисника који учествују у интеракцији, и самим тим сложенију структуру подобну економској и правној анализи. Насупрот томе, привредно друштво је институт права са којим се сусрећемо свакодневно: од куповине јутарњих новина, па све до касно у ноћ када одлучимо да се одморимо у омиљеном бару. Стога, дефиниција тржишта би требало да истакне неколико кључних елемената везаних за двостране платформе. Дефинисање је битно и са становишта права конкуренције, самим тим што ствара могућност нарушавања конкурентне социјалне тржишне економије.

2. Две групе корисника

Двостране платформе представљају циљ и средство разноврсним бизнис идејама да буду успостављене на тржишту. Примери су многобројни – почев од оперативних система, претраживача, новина, видео игара, па све до дебитних и кредитних картица.⁶ На примеру Нинтенда, као највећег произвођача видео игара, можемо уочити две групе корисника које међусобно дејствују путем платформе (у овом случају то је Нинтендо), где, као и код класичних трансакција, имамо продавца и купце, који у овом случају остварују корист придруживањем истој платформи. Нинтендо случај укључује играче видео игрица и програмере, који задовољавају различите потребе приступањем Нинтендо платформи. Еванс истиче важност међусобне повезаности обе стране, где су „две стране у оквиру платформе блиско повезане, са међузависношћу цена и излазним и преплетеним стратегијама.“⁷ Заједништво је посебно важно и због броја чланова придружених двостраној платформи. Другим речима, већи број продаваца-учесника на једној платформи, већи број купаца-учесника на истој.

Значајност дефинисања двостраних платформи се показала оправданом са становишта многих водећих стручњака из ове области, као што су Армстронг, Еванс, Роше-Тирол, Шмаленси, Ноел,⁸ као и антимонополског вредновања двостраних тржишта.

5 D. Evans, „Two-Sided Market Definition“, <https://ssrn.com/abstract=1396751>, 4. 4. 2017.

6 C. Rochet, J. Tirole (2003), 993.

7 D. Evans, „Two-Sided Market Definition“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396751, 4. 4. 2017.

8 За детаљнију анализу, погледати: D. Evans, „Two-Sided Market Definition“; L. Filistrucchi, D. Geradin, E. Damme, „Identifying Two-Sided Markets“; C. Rochet, J. Tirole

Још један интересантан елемент у оквиру двостраних платформи јесте преимућство које је дато једној групи корисника у односу на другу. Ова корист мора бити довољно подстицајна како би осмелила циљану групу корисника да се упусти у трансакцију и оцени је као пожељну. Друга страна, пак, је условљена плаћањем накнаде, како би приступила платформи. Како су истакли Роше-Тирол, накнада може бити корисничка или чланска. „Трошкови коришћења платформе или варијабилни трошкови утичу на спремност две стране да тргују, а самим тим и њихове нето суфиците од потенцијалних интеракција; чланске или фиксне накнаде за последицу условљавају присуство крајњих корисника на платформи. Фини дизајн структуре фиксних и варијабилних трошкова унутар платформе је релевантан само уколико две групе корисника не преговарају око одговарајућих корисничких и чланских екстерналија.“⁹

Све опширнији приступ овој теми, као и све интересантнија литература о двостраним тржиштима, указује на то да ово питање има све више значаја у економској и правној анализи. Многи теоретичари имају тенденцију да комбинују детерминантне елементе како би добили што прецизније дефинисање двостраних тржишта, где је једна од главних карактеристика двостраности одређена структура цена која утиче на обе стране. Главна теоријска премиса иза двостране структуре јесте да су интеракције између потрошача постављене нешто другачије него на једностраном тржишту. Еванс и Роше-Тирол представљају битно разјашњење у контексту дефинисања двостраних платформи, осврћући се на ценовну структуру: „Тржиште је двострано ако платформа може утицати на обим трансакција тако што ће наплатити више једној страни на тржишту и смањити цену коју плаћа друга страна за једнак износ; другим речима, структура цена је битна, и платформе их морају дизајнирати тако да привуку обе стране.“¹⁰ Ради појашњења, аутори такође предлажу: „Посматрајте двостране платформе као решење у ситуацијама у коме постоје екстерналије и у којима трансакциони трошкови, широко посматрано, спречавају те две групације да реше ту екстерналију директно.“¹¹

Ако се вратимо на првобитни пример видео игара са платформе Нинтендо, или пак у наше разматрање уврстимо и Сони,¹² са освртом

(2003).

9 J. Rochet, J. Tirole, „Two-Sided Markets: An Overview“, *Institut d’Economie Industrielle working paper*, 3.

10 D. Evans, „The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms“, *Competition Policy International*, 1/2007, 153.

11 *Ibid.*, 154.

12 „In its thirty years of existence, the video game industry has had four leading platforms, Atari, Nintendo and Sega, and finally Sony. The business model that has emerged uses

на кориснике и програмере, уочићемо специфичност оваквог начина пословања, где су потоњи у обавези да измирују обавезе проистекле из чланства платформи, аутори их још описују и као „фиксни допринос праћен накнадом по јединици производа (игрица) које креирају.“¹³ Може ли се овакав начин пословања назвати ценовном дискриминацијом? Приметно је да једна страна плаћа више него друга страна, али имајући у виду специфичност двостраних платформи, ово бисмо могли назвати бизнис стратегијом у оквиру двостраног тржишта. Уколико узмемо у обзир наведено, поставља се питање зашто би једна страна пристала на овакав вид „дискриминације“? Разлоге можемо објаснити на примеру новина. Цена која је одређена у односу на купце, односно читаоце, је значајно нижа у односу на цену која терети оглашиваче, имајући у виду укупне трошкове производње. Еванс претпоставља да новине зарађују укупну бруто маржу од оглашивача, која и зависи искључиво од бројности у оквиру те групације.¹⁴

Један од најпознатијих примера успешности двостраних платформи долази из Сједињених Америчких Држава, и ради се о компанији *OpenTable*.¹⁵ Задобивши поверење великог броја ресторана заинтересованих да се резервације обављају преко ове платформе, и задовољних клијената са друге стране, постала је најефикаснија интернет платформа која се бави овом врстом услуга. Ресторани су у обавези да плаћају допринос путем накнаде за резервације својих клијената, обављених путем *OpenTable* платформе.¹⁶ Посматрајући овај пример, Еванс издваја саставне делове двостраних платформи: две врсте индиректних мрежних екстерналија, олакшана комуникација, и ценовну структуру „што одређује релативну инкременталну остварену зараду.“¹⁷

Специфична ценовна дискриминација има за последицу и модификацију, односно прилагођавање вредности платформе за све кориснике. Како је истакнуто од стране Еванса, „[в]рло је вероватно да је субвенционисање једне стране корисника резултирало повећаној важности платформе за ресторане, које је довело до тога да *OpenTable* има

consoles as the loss leader and draws platform profit from applications development.“ J. Rochet, J. Tirole (2003), 33.

13 *Ibid.*

14 D. Evans, „The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms“, *Competition policy international*, 1/2007, 156.

15 Компанија *OpenTable*, доступно на адреси: <https://www.opentable.com/start/home>, 26. 9. 2017.

16 D. Evans, R. Schmalensee, „The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses“, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper* 623/2012, 5.

17 *Ibid.*, 6.

више ресторана, који су платформу учинили атрактивнијом за њихове госте.¹⁸ Узимајући у обзир горе наведено, можемо да закључимо да двостране платформе, упркос различитој ценовној структури, разноликости корисника, и екстерналијама, су повољно и конструктивно средство креирано да би се избегли потенцијални трансакциони проблеми и расходи приликом класичног пословања на тржишту. Двостране платформе су именоване још и као „економски катализатори“.¹⁹

Обе стране преферирају већи број учесника који долазе са друге стране, имајући у виду разнолик избор у погледу цена које могу бити понуђене. Што више корисника се одлучи за придруживање платформи, платформа постаје вреднија за обе групе корисника. Тирол-Роше разматрају разлоге и варијанте утврђивања корисничке чланарине.²⁰ Могући закључци се одигравају око следећих констатација: 1. платформа није у могућности да одреди провизију приликом трансакција; 2. фиксне надокнаде могу представљати ефикасан начин наплате од крајњих корисника; 3. фиксне накнаде могу омогућити платформи да „приграби“ потрошачев вишак.²¹

Нови технолошки развој праћен иновацијама довео је до тога да некадашње комплексности у пословању постану још замршеније. Поред описане структуре, у економској теорији се појављује и термин „вишестраних платформи“, дефинисаних групама учесника чији је број већи од два, у којима се појављују купци, продавци или корисници.²² Такође, могуће је да једна страна двостране платформе учесник већег броја платформи. Ова појава дефинисана је као „*multi-homing*“.²³ Тирол-Роше истакли су да се овај феномен може уочити код продаје непокретности: „продавац куће ће можда желети да уђе у неискључиве уговоре са више агенција за некретнине како би дошао до широког спектра потенцијалних купаца; алтернативно купци могу да се договарају са више агенција за некретнине.“²⁴

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*, 7.

20 J. Rochet, J. Tirole, „Two-Sided Markets: An Overview“, *Institut d’Economie Industrielle paper*, 18.

21 *Ibid.*

22 D. Evans, „The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets“, *Yale Journal on Regulation* 20/2003, 325.

23 J. Rochet, J. Tirole, „Two-Sided Markets: An Overview“, *Toulouse school of Economics Conference paper*, 9.

24 *Ibid.*

II Директни и индиректни мрежни ефекти

Мрежни ефекти су кључни елемент дефинисања и разумевања двостраних платформи, као и кључ повезаности теорије и праксе двостраних тржишта. Иако постоји мноштво приступа овој теми, овде ће бити представљени мрежни ефекти преко једне од највише коришћених платформи за куповину и продају, Амазона.²⁵ На огромном онлајн тржишту, као што је платформа Амазон, купци и продавци тргују са циљем олакшања свог задатка, али не само поводом тога: Амазон платформа покрива сваки континент и самим тим омогућава огромној популацији да јој приступи.²⁶ Мрежни ефекти директно су повезани са проблемом који је у теорији описан као проблем „кокошка и јаје“.²⁷ „Купци посредног добра или услуге уживају у великом броју продаваца јер имају приступ разноликости, а продавци имају бенефиције од присуства већег броја купаца јер тиме повећавају своје шансе да продају свој производ за бољу цену. Индиректне мрежне екстерналије доводе до проблема „кокошка и јаје“: како би привукли купце, посредник би требао имати велику базу регистрованих продаваца, али ће они заиста бити спремни да се региструју само ако очекују да ће многи купци доћи на заједничку платформу.“²⁸ Примећујемо да се понашање са једне стране ослања на перформансе друге стране, као и чињеницу да, што коришћенији Амазон постаје, више га вреднујемо као корисници. Можемо закључити да овај принцип можемо применити на све двостране платформе, и познат је као директни мрежни ефекат.

Мрежни ефекти постали су предмет пажње многих теоретичара; међу њима бисмо могли да издвојимо и Клеменса, који истиче спремност чланова да буду део платформе која броји велики број чланова. Он такође уочава и индиректне мрежне ефекте: „Потрошачи вреднују чињеницу да су део велике мреже, тј. користе технологију коју користе многи други потрошачи. Иако се софтвер обично представља чешће од хардвера, потрошачи генерално имају идеју о томе колико ће софтвера

25 Поред Амазона, интернет пружа мноштво избора за куповину и продају добара, међу којима су најпознатије *AliExpress*, *Swappa*, *Ebay*, и сл. Доступно на адреси: <https://www.amazon.com/>, 26. 9. 2017.

26 Велика већина производа може бити транспортована у преко сто земаља на свету. Доступно на адреси: https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?no_deId=201074230, 26. 9. 2017.

27 „Chicken and egg problem“ констатовали су многи економски теоретичари, међу њима и: B. Caillaud, B. Jullien „Chicken & egg: Competition among intermediation service providers“, *RAND journal of Economics*, 2003 .

28 B. Caillaud, B. Jullien, „Chicken & Egg: Competing Matchmakers“, Center For Economic Policy Research, 2001, 5.

бити на располагању пре куповине хардвера. Потрошачи би били нарочито наклоњени куповини хардвера, не знајући да ли ће за њега бити обезбеђен одређени софтвер. Стога, софтверске фирме морају се обавезати на извесну платформу пре него што се неки хардвер прода.²⁹ Индиректни мрежни ефекти уочени су и приликом куповине нових мобилних, „паметних“ телефона – што већи број апликација има употребну вредност, то нам наш телефон постаје значајнији.³⁰

Директни и индиректни мрежни ефекти су предмет разматрања приликом примене чланова 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније.³¹ На тлу ЕУ, један од првих антимонополских случајева двостраних платформи везан је за оперативни систем *Microsoft* и *Windows Media Player*.³² Европска комисија је открила кршење одредбе члана 102., где је компанија злоупотребила свој доминантни положај незаконитим везивањем *Windows Media Player*-а за оперативни систем.³³ Иако не у првом плану, ова одлука довела је до разматрања утицаја индиректних мрежних ефеката и њихових последица на баријере уласку. Мрежни ефекти прожимају структуру двостраних платформи и требало би више пажње посветити управо њима у будућим разматрањима повреде права конкуренције.

III Примена антимонополских правила на двостраном тржишту

Надметање привредних субјеката на тржишту Европске уније креирало је појачану креативност компанија како би на тржишту на најбољи могући начин представиле и понудиле купцима свој производ. Но, с друге стране, конкуренција на слободном тржишту захтева и појачан надзор од стране органа Европске уније, како би обезбедила неометано остварење циљева ЕУ (јединствено и несметано функционисање

29 *Ibid.*

30 Класичан школски пример би био однос DVD плејера, где DVD плејер постаје траженији с обзиром на све већи избор доступних DVD материјала. M. Clements, „Direct and indirect network effects: are they equivalent?“ *International Journal of Industrial Organization*, 22/2004, 5.

31 Consolidated version of Treaty on functioning of European Union, *Official Journal of the European Union*, 59/2016.

32 Judgment of the Court of First Instance, European Union, Case T-201/04 Microsoft Corp. v Commission, 17 September 2007, доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-201/04>, 26. 9. 2017.

33 Judgment of the Court of First Instance, European Union, Case T-201/04 Microsoft Corp. v Commission, 17 September 2007, доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-201/04>, 27. 9. 2017.

унутрашњег тржишта) и друштвеног благостања. Двостране платформе такође подлежу правилима из корпуса права ЕУ, с тим што треба имати у виду њихове унапред наведене специфичности, као и детаље који ће бити изложени у даљој дискусији.

1. Ценовна структура

а) Предаторске цене

Концепт предаторских цена укључује компанију која, у циљу смањења конкуренције међу другим фирмама, одређује цену производа испод просечних варијабилних трошкова.³⁴ Једно од могућих одређења предаторских цена изложено на следећи начин: „компанија намерно смањује цене до непрофитабилног нивоа када се суочи са конкуренцијом од већ постојећег конкурента или новог учесника на тржишту; постојећи конкурент тиме бива дисциплинован или нови учесник искључен, доминантна компанија потом поново подиже цене, и тиме штети потрошачу.“³⁵ Поједини аутори³⁶ сматрају да ризик од установљавања предаторских цена треба посматрати у контексту специфичног односа у оквиру двостраних платформи, где постављање цене испод трошкова на једној страни може имати бенефите и за другу страну, самим тиме што је прва група корисника привучена да се придружи платформи, што заузврат има за последицу повећање корисности друге групе потрошача.³⁷

б) Ценовне стратегије

Ценовна стратегија двостраних платформи представља осетљиво и важно питање. Како учествовати у платформи? Која страна ће бити прва која дела у оквиру платформе? Колико ће видљива платформа бити за другу страну? Да ли је стратегија анти-конкурентна? Ова питања су део логике ценовних структура постављених зарад разумевања неопходног баланса у оквиру двостраних тржишта.

У оквиру колажа правне заштите неометане конкуренције и очувања конкурентне социјалне тржишне економије на просторима држава чланица Европске уније, постављање цена које ће бити адекватне представља прави изазов за двостране платформе. Еванс уочава

34 R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, Oxford University Press 2012, 3.

35 *Ibid.*, 730.

36 J. Wright, „One-sided Logic in Two-sided Markets“, *Review of network economics*, 3/2004.

37 *Ibid.*, 5.

следеће: „цена која је једнака маргиналним трошковима (или просечним варијабилним трошковима) на одређеној страни није релевантан економски показатељ за процену тржишне моћи двостраних платформи, нити за тврдње о предаторским или прекомерним ценама“,³⁸ као и да „не-предаторска, профитна максимизација цена на свакој страни је сложена функција еластичности тражње са обе стране, индиректних мрежних ефеката и маргиналних трошкова на обе стране“.³⁹ Платформе могу наметнути различите накнаде различитим корисницима: једнима може предвидети једнократну накнаду, док другима накнаду при куповини. „Продавци конзола за видео игрице, међутим, наплаћују накнаду за коришћење програмерима игре – износ на основу броја игара које се продају; корисници плаћају накнаду за коришћење индиректно путем куповине игара за конзоле.“⁴⁰

Питање максимизирања профита зависи од међусобног односа између две групе корисника и екстерналија међу њима. Према Швалбеу и Зимеру, чињеница да се једној групи наплаћује виша цена не подразумева присуство тржишне моћи; ценовна архитектура остаје непромењена чак и у случају конкуренције између двостраних платформи.⁴¹ „Сродна карактеристика двостраних платформи је потреба да се „балансирају“ захтеви обе стране. Приликом одређивања цена, двострана платформа мора да узме у обзир да ће зарачунавање виших цена на страни А довести да мање А користе платформу, што ће за резултат довести до мање вредности Б од платформе. Такође мора да се узме у обзир да мора бити довољно А да буде од интереса за Б и довољно да Б буде од интереса за А у већини случајева. Подешавање превисоких цена у продавницама у тржним центрима могло би довести до тога да купци немају приступ продавницама које највише цене.“⁴² Двострана платформа има специфичну одговорност у складу са максимизацијом профита. У класичним једностраним компанијама испитујемо (једну) тражњу и (једну) понуду; у овом случају, морамо изнаћи цену која задовољава захтеве једне и друге стране и трошкове платформе.⁴³

Који су то пословни циљеви који би требало бити постигнути успостављањем двостраних платформи на тржишту, као и разноликост

38 D. Evans, „The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms“, *Competition Policy International*, 1/2007, 174.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, Oxford University Press, Oxford 2009, 48.

42 David S. Evans, „Two-Sided Market Definition“, ABA Section of Antitrust Law, 7, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1396751>, 27. 9. 2017.

43 *Ibid.*

цена међу корисницима на истом тржишту? Приликом доношења бизнис плана, једна од стратегија односи се и на ниво корисности усмерен ка корисницима платформе. Двострана платформа служи као посредник између купаца и продаваца, олакшавајући им пословање и редукујући трансакционе трошкове. Свака од страна добија ексклузиван третман: док продавци захтевају више купаца како би удовољила њиховим посебним захтевима, купци желе да купе производ са посебним карактеристикама и имају више избора док траже одговарајућу робу. У оквири традиционалног пословања, Еванс истиче да маргинални трошкови обично показују тржишну ситуацију у којој једна компанија може или не може имати економску моћ,⁴⁴ док у оквиру двостраних платформи „не постоји блиска веза између цена и маргиналних трошкова за робу или услуге које се пружају на одређеној страни. Пошто услови за максимизацију добити зависе од еластичности тражње и маргиналних трошкова за обе стране и међусобних мрежних ефеката, у теорији, двострана платформа која максимизира профит ће одговорити на повећање трошкова стране 1 уз повећање цене на страни 2 и без повећања цене на страни 1.“⁴⁵ Ценовна стратегија може довести до различитих приступа: на пример, једна двострана (или вишестрана) платформа као што је Нинтендо усваја структуру цена која омогућава потрошачима да уживају у платформи бесплатно, док је друга страна претходно наплаћена (у овом случај, програмери игара). Стратегије могу зависити и од тога да ли је једна страна члан друге двостране платформе. Један корисник може истовремено користити *MasterCard* и *American Express* у исто време. Роше-Тирол описују ову ситуацију као вишеструко удомљавање (енгл. *multihoming*)⁴⁶: „На великом броју тржишта, део крајњих корисника на једној или двају страна се повезује са неколико платформи. Користећи интернет терминологију, рећи ћемо да су вишеструко удомљени. Конкурентне цене на једном тржишту тада зависе од степена вишеструких удомљености са друге стране тржишта. На пример, када Виза смањује трошкове (пропорционалне трансакције) које плаћају трговци, трговци постају све више у искушењу одбацивања скупље Амекс картице све док велики део Амекс купаца поседује и Виза картицу. Обрнуто, „*multihoming*“ с једне стране појачава ценовну конкуренцију с друге стране јер платформе користе ниске цене у покушају да „усмеравају“ крајње кориснике на другу страну ка ексклузивном односу.“⁴⁷

44 *Ibid.*, 8.

45 *Ibid.*

46 Ови аутори виде ценовну структуру као кључну за платформу. J. Rochet, J. Tirole (2003), 2.

47 *Ibid.*, 5.

Након свега наведеног, можемо закључити да у овом случају имамо појачану осетљивост корисника на ценовне варијације, које су способне довести до великих промена у структури купаца и продаваца са малим повећањем цена, односно редукцијом постојећих.

IV Спајања у оквиру права Европске уније

1. Спајања двостраних платформи

Према Уредби Европске заједнице о концентрацијама,⁴⁸ концентрација се може дефинисати као „трајна промена контроле услед спајања две или више компанија које су некад биле независне, или стицања директне или индиректне контроле над целим или деловима једне или више других компанија од стране једне или више особа које контролишу најмање једну компанију или од стране једне или више компанија, било куповином вредносних папира или имовине на темељу уговора или на било који други начин“.⁴⁹

Спајања играју важну улогу у једностраној, као и у двостраној структури тржишта; стога, могу утицати на ниво конкуренције и изазвати забринутост у погледу функционисања слободног тржишта. Спајања налазимо оспораваним у судској пракси САД-а, као и на тлу ЕУ.⁵⁰ Као што је потврђено у судској пракси Европског суда правде, ситуација у којој се два конкурентна ентитета спајају и стварају једну, јединствену правну структуру може довести до подизања цена и обештећења потрошача.⁵¹ Због чињенице да концентрације имају тенденцију смањења конкуренције и ограничавања конкурентских слобода, оне могу створити доминантан положај на тржишту. Ради разумевања двостраних платформи, можемо истражити да ли је случај сличан када се спајају две компатибилне двостране платформе.

а) Размајрање Google/DoubleClick случаја у оквиру Европске уније

Са развојем интернета постали смо сведоци глобализације тржишта и измењеног начина на који компаније оглашавају своје производе. Повезаност, као и бројност корисника представљају подстицај

48 Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – Уредба Европске заједнице о концентрацијама.

49 Члан 3 Уредбе Европске заједнице о концентрацијама.

50 D. Evans, R. Schmalensee, „The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms“, *Competition Policy International*, 1/2007, 6.

51 P. Craig, G. de Búrca, *EU law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press 2011, 1026.

двостраним платформама за спајање. Европска комисија је недавно истражила антиконкурентне аспекте спајања на двостраним тржиштима између *Google*-а као посредника у онлајн оглашавању и компаније *DoubleClick*-а као интернат оглашивача.⁵² Европска комисија се концентрисала на позицију две компаније на тржишту, *Google* и *DoubleClick*. *Google* је испитан и оцењен као водећа компанија у онлајн оглашавању у оквиру Европске економске заједнице.⁵³

Како би ово спајање могло да угрози принципе слободне конкуренције у оквиру Европске уније? Комисија је покушала да одгонетне питање да ли би, уколико би ове две компаније спојиле, то довело до концентрације. Концентрација би у овом случају, а према члану 3(1) (б) Уредбе Европске заједнице о концентрацијама довела до потпуног стицања контроле над читавом компанијом *DoubleClick*.⁵⁴ Европска комисија је проблем сагледала са три аспекта: прво узимајући у обзир компанију *Google* и њено тржиште, потом *DoubleClick*, да би напослетку истражила конкурентски осврт њиховог заједништва.⁵⁵

Да ли ће предложено спајање довести до смањене конкуренције на двостраним тржиштима? На основу расположивих доказа, Комисија је закључила да потенцијално спајање од стране *Google* не доводи до повреда права зајемчених Уговором о функционисању Европске уније.⁵⁶ Узимајући у обзир све ефекте, теорије штете и закључке изложених од стране заинтересованих страна, Комисија је изразила своје мишљење да *DoubleClick* „није у могућности да остварује значајан степен тржишне снаге, да се трошкови преласка могу подесити, да приказивање огласа представља мали проценат трошкова/прихода и ограничен проценат посредничких прихода и да мрежни ефекти нису довољно јаки да индукују преклапање.“⁵⁷ Да ли је одлука Европске комисије била ризична за даље пословање осталих компанија створивши компанији *Google* значајну предност, или је створила погодно тле за учвршћивање доминантног положаја исте и самим тим довела до појачане опасности за кршење члана 102 УФЕУ, остаје да проценимо у оквирима будућег пословања наведених двостраних компанија.

52 Case No COMP/M.4731 – Google/DoubleClick and advertisers, 11 March 2008.

53 *Ibid.*

54 Уредба Европске заједнице о концентрацијама, чл. 3.

55 Case No COMP/M.4731 – Google/DoubleClick and advertisers, 11 March 2008.

56 *Ibid.*, par. 302.

57 *Ibid.*, par. 329.

б) Размајрање Google/DoubleClick случаја у оквиру права САД

Америчке институције су постигле исти закључак као и европске, након што је предмет истраживан од стране Федералне комисије за трговину.⁵⁸ Комисија је направила јасно разграничење између директне продаје и посредничке продаје: „Први канал је директна продаја, а издавачи користе сопствене продајне капацитете. Други канали који велики издавачи користе зарад продаје својих рекламних инвентара је тзв. индиректна продаја, са издавачима и оглашивачима који користе услуге компанија за посредовање у огласима да би поставили огласе.“ Након истраживања тржишта ових двају компанија, Комисија је негирала могућност нарушавања антимонополских одредби приликом спајања компаније *Google* и *DoubleClick*.⁵⁹ Федерална комисија за трговину је највише пажње посветила питању да ли *Google* може да утиче на учвршћивање водеће позиције компаније *DoubleClick*. Комисија је установила да, иако компанија *Google* представља најпожељнији претраживач; она нема водећу позицију на тржишту посредничких огласа.⁶⁰

Можемо закључити да је анализа америчких власти била врло слична анализи Европске комисије, а последица оваквог одлучивања је да је удруживање ових компанија у складу са важећим правним одредбама, и не покреће антиконкурентске/ антимонополске механизме правне заштите.

V Двострана тржишта и платне картице

1. Нема бесплатног ручка

Као што смо напоменули, двостране платформе су присутне у разним врстама пословања, а међу њима и код банкарског. Стога, двострана тржишта можемо перципирати и преко платних система као двостраних платформи. У вези с тим, многи теоретичари разматрали су системе платних картица.⁶¹

Овај преглед ће се фокусирати на специфичности двостраних тржишта у вези са платним картицама, као што је мултилатерал-

58 Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, доступно на адреси: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf, 30. 9. 2017.

59 „...продаја рекламног оглашавања не функционише као значајно ограничење цене или квалитета другог онлајн оглашавања које продају издавачи директно или индиректно или обрнуто.“ *Ibid.*, 3.

60 *Ibid.*, 9.

61 Ова тема разматрана је од стране водећих стручњака у овој области: Д. Еванс, Р. Шмаленси; Катз и Шапиро, и Роше-Тирол.

на међубанкарска накнада и схема цена у оквиру платне мреже. На-лазимо да су поступци за заштиту конкуренције у Европској унији и Сједињеним Државама оставиле важне последице на картични систем у економском и правном смислу. Принцип „не постји бесплатни ручак“, потврђен је и у банкарском систему, где банке наплаћују трансакције својих клијената. Ова надокнада може се назвати различито (трошкови размене, камата, итд.), и биће наплаћивана корисницима (власницима картица, банци издаваоцу, трговцима). Иако ће првобитно накнада бити наплаћена једној групи корисника, показаћемо да ће то у суштини бити на терету друге стране у оквирима двостране платформе. Ова тржишна слагалица, као и однос између безготовинског и готовинског плаћања примећен је од стране многих економиста, који су истакли: „Тако корисници који користе картицу плаћају укупне трошкове система, без обзира на провизију, и, уколико они сnose и трошкове других платних система, користеће платне картице ако и само ако коштају мање.“⁶² Представљени су неки закључци као резултат испитивања односа између накнада и ценовне структуре двостраних тржишта, као и фактора укључених у „друштвено оптималне цене за корисничке групе“.⁶³

„Иако друштвено оптималне цене у индустрији платних картица зависе од истог скупа фактора, друштвено оптимална накнада за размену такође зависи од других карактеристика које утичу на однос између провизије и крајњих цена. Ови фактори укључују у разматрање фиксне и варијабилне накнаде; конкурентне услове међу трговцима, издаваоцима и стицаоцима; и природу конкуренције између плаћања готовином, чековима и јединствених платних система. Стога, социјално оптимална накнада није једнака било којој провизији базираној искључиво на трошковној структури.“⁶⁴

Различите платне платформе креирају сопствене провизије; тако провизија *Visa* групације не мора бити јединствена у односу на ону установљену од стране *MasterCard*. У наредном излагању ће бити представљена правна релулатива ЕУ везана платне услуге.

2. Акти Европске уније о плаћањима

Док повезују потрошаче, двострана платформа сноси трошкове који потом плаћају учесници платформе. Имајући у виду чињеницу да

62 D. Evans, R. Schmalensee, „The Economics of Interchange Fees and Their Regulation: An Overview“, *MIT Sloan Working Paper* 4548/2005, 92.

63 Ови фактори су: „ценовна еластичност, индиректни мрежни ефекти између група потрошача, маргинални трошкови за пружање роба или услуга за сваку групу, и други фактори.“ *Ibid.*, 104.

64 *Ibid.*

су трошкови платних платформи на терету потрошача, банке су креирале накнаду за размену (енгл. *interchange fee*), како би резервисале одређени износ новца из сваке трансакције. На нивоу Европске уније усвојени су закони у циљу очувања финансијских права потрошача. Неки од финансијских закона на нивоу ЕУ који се односе и на двостране платформе су представљени на следећи начин:

1. Директива о платним услугама на унутрашњем тржишту⁶⁵ са циљем промовисања лакшег тржишта електронског плаћања и омогућавања јединственог електронског унутрашњег тржишта у Европској унији, побољшања правне платформе за јединствени простор за плаћања у еврима (СЕПА).⁶⁶ Док је Директива 2007/64/ЕС увела „платне институције“,⁶⁷ нова Директива о платним услугама на унутрашњем тржишту је побољшала претходна достигнућа и поставила пут за још снажнију конкуренцију између платних платформи: један од постављених циљева је омогућити „фер конкуренцију на том тржишту, чиме се избегава неоправдана дискриминација било којег постојећег играча на тржишту.“⁶⁸

2. Уредба о прекограничним плаћањима⁶⁹ заменила је претходну Уредбу⁷⁰ која је била прва Уредба у оквиру ЕУ која регулише систем малопродајних плаћања. Нова уредба укинула је разлике у накнадама (начело једнакости накнада)⁷¹ унутар и ван ЕУ, поштујући наведено начело једнакости накнада.⁷²

65 Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, *Official Journal of the European Union*, 58/2015.

66 *Ibid.*

67 „Directive 2007/64/EC established a prudential regime, introducing a single licence for all providers of payment services which are not connected to taking deposits or issuing electronic money. To that end, Directive 2007/64/EC introduced a new category of payment service providers, namely ‘payment institutions’, by providing for the authorisation, subject to a set of strict and comprehensive conditions, of legal persons outside the existing categories to provide payment services throughout the Union. „*Ibid.*, par. 26.

68 *Ibid.*, par. 33.

69 Regulation (EC) No 924/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on crossborder payments in the Community and repealing Regulation (EC) No 2560/2001, *Official Journal of the European Union*, 52/2009.

70 Regulation (EC) No 2560/2001 of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 on cross-border payments in euro, *Official Journal of the European Communities*, 344/2001.

71 Regulation (EC) No 924/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on crossborder payments in the Community and repealing Regulation (EC) No 2560/2001, *Official Journal of the European Union*, 52/2009.

72 *Ibid.*, par. 6.

3. Овде треба поменути и Уредбу о утврђивању техничких и пословних захтева за кредитне трансфере и директна задужења у еврима,⁷³ која је у складу са стратегијом Европа 2020, са циљем постизања иновација и „паметније економије“.⁷⁴ Како би се постигла јача заштита платиша, ова Уредба регулише свеевропски кредитни трансфер заједно са директним задужењима,⁷⁵ а у складу са следећим циљевима: „За правилно функционирање унутарњег тржишта потребно је створити интегрирано тржиште за електронска плаћања у еврима, без разликовања између националних и прекограничних плаћања. У ту сврху, пројектом јединственог подручја плаћања у еврима (СЕПА) требало би развити заједничке платне услуге на територији целе Уније које би замениле постојеће националне платне услуге. Увођењем отворених, заједничких платних стандарда, правила и праксе и применом интегрисане обраде плаћања, СЕПА би требала грађанима и компанијама у Унији пружати сигурне, приступачне и поуздане платне услуге у еврима по конкурентним ценама. То би требало установити за СЕПА плаћања унутар и изван националних граница под истим основним условима и у складу с истим правима и обвезама, без обзира на њихову локацију унутар Уније.“⁷⁶ Регулисање СЕПА подразумева и побољшање конкуренције међу банкама унутар Европе, што ће резултирати смањењем трошкова за власнике картица и трговце на мало унутар и широм ЕУ. У члану 10 наведен је и тај циљ: „Техничка интероперабилност предуслов је за конкуренцију. У сврху стварања интегрисаног тржишта за систем електронског плаћања у еврима, битно је да обраду кредитних трансфера и директних терећења не ометају пословна правила или техничке запрехе као што је обвезно деловање у више од једног система за обрачунавање прекограничних плаћања. Кредитни трансфери и директна терећења требала би се извршавати према схеми чија основна правила примењују пружаоци платних услуга који представљају већину пружалаца платних услуга у већини држава чланица и који чине већину пружалаца платних услуга у Унији, те која су иста како за прекограничне тако и за искључиво националне трансакције кредитног трансфера и директног терећења. Постоји ли више од једног платног система за обраду таквих плаћања, такви би платни системи требали бити интероперабилни коришћењем стандарда Уније и међународних стандарда, како би

73 Regulation (EU) No 260/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 establishing technical and business requirements for credit transfers and direct debits in euro and amending Regulation (EC) No 924/2009, *Official Journal of the European Union*, 55/2012.

74 *Ibid.*, par. 2

75 *Ibid.*, par. 32.

76 *Ibid.*, par. 1.

сви корисници платних услуга и сви пружаоци платних услуга могли користити предности интегрисаних плаћања мале вредности у еврима широм Уније.⁷⁷

4. Уредба о оснивању, обављању делатности и бонитетном надзору пословања институција за електронски новац⁷⁸ односи се на „електронски новац“ и институције електронског пословања у оквиру Европске уније.

5. Последња, али не и најмање битна је Уредба о међубанкарским накнадама за платне трансакције на основу картица,⁷⁹ који се односи на сваку картичну трансакцију плаћања, покривајући комерцијалне картице. Ова Уредба се првенствено односи на једну страну двостране платформе, тј. трговце, и ојачава њихову позицију у оквиру двостраних платформи приликом картичног плаћања. Значајна промена је флексибилни приступ, на супрот претходној обавези, о могућности одабира типа картице који ће бити у употреби.⁸⁰

3. Мрежни ефекти у платним системима

Као и на другим двостраним тржиштима, као што су платформе видео игара, платне платформе се користе као средство за комуникацију између крајњих корисника (власника картице и трговаца). Ближи поглед на структуру плаћања указује на чињеницу да између крајњих корисника и платформе сусрећемо и друге посреднике, тј. банке. У одлуци Комисије у вези са предметом Visa II⁸¹ адресирана је двострана тражња, а мрежни ефекти се сматрају нарочито снажним. Такође се наглашава: „Свака врста потрошача би више волела да трошкови система плаћају други корисници: трговци стога имају интерес за никакве, ниске или негативне накнаде за размену (као провизије за размену између издаваоца и купца), док власници картица имају интерес за позитивне провизије (тј. накнаде плаћене од стране купца издаваоцу)

Роше-Тирол представљају ток плаћања у картичној трансакцији, презентујући банку платиоца а и банку примаоца као посредника

77 *Ibid.*, par. 10.

78 Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, *Official Journal of the European Union*, 52/2009.

79 Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions, *Official Journal of the European Union*, 58/2015.

80 Видети чл. 8: „Co-badging’ и одабир платног бренда или апликације за плаћање“, *ibid.*

81 Commission Decision, Case No COMP/29.373 Visa International, 24 July 2002.

између двостране платформе (платформа платног система) и крајњих корисника (трговца и власника картице).⁸² Мрежни ефекат показује да се производ може појавити као вреднији ако га више потрошача користи. У случају двостране платне платформе, пошто више трговаца користи систем плаћања, то постаје корисније и обрнуто; више власника картица цени платформу, у великој мери постаје корисно. Осим тога, банка платиоца ће имати користи од додатног примаоца који повезује платформу – индиректни мрежни ефекат. Такође, могу бити неки негативни ефекти због повећане конкуренције – више банака се придружује платформи, конкурентније постаје за остале банке.

4. *MasterCard* случај

Европска комисија покренула је случај *MasterCard* везан за мултилатералне међубанкарске провизије и њихову усаглашеност са актима Европске уније.⁸³ У складу са правилима ЕУ о конкуренцији, Комисија је изјавила да је *MasterCard* прекршила члан 81 Уговора о ЕЗ ограничавајући ценовну конкуренцију у односу на банку стицаоца.⁸⁴ Истакнуто је да је *MasterCard* „увећао трошкове прихватања картице од стране трговаца на мало без доказивања ефикасности“.⁸⁵ Нема сумње да је, услед све веће дигитализације и савременог начина плаћања, регулисање самог начина плаћања постало важно питање. Ипак, можемо се упитати да ли надлежни органи за конкуренцију (попут Европске комисије) могу повећати укупно економско благостање редукцијом мултилатералних међубанкарских провизија?⁸⁶ Да ли је електронско плаћање скупље од традиционалног?

Да ли би ово удружење⁸⁷ могло да се позове на члан 81(3)⁸⁸ како би оправдали мултилатералне међубанкарске провизије? Комисија је

82 J. Rochet, J. Tirole, „An Economic Analysis of the Determination of Interchange Fees in Payment Card Systems“, *Review of Network Economics*, 2/2003, 74.

83 Пре свега са чланом 101. Уговора о функционисању Европске уније.

84 Commission Decision, Case No. COMP/34.579 Master Card, COMP/36.518 Euro Commerce, COMP/38.580 Commercial cards, 19 December 2017, 6.

85 *Ibid.*

86 Европска комисија је дефинисала мултилатералне међубанкарске као „накнаде које банка („банка издавалац“) наплаћује трговачкој банци („банка стицалац“) за сваку продајну трансакцију извршену на тржишту са платном картицом“. Европска комисија, Примена конкуренције на тржиште платних картица, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/enforcement_en.html, 6. 10. 2017.

87 Европска комисија је у овом случају истраживала и да ли *MasterCard* припада удружењу, као и услове и разлоге. *Ibid.*, 17–35,

88 Данашњи члан 101 (3) Уговора о функционисању Европске уније,

проценила функционалност и сврху *MasterCard*-ових међубанкарских накнада, што није дефинисала као „накнаду за услугу“,⁸⁹ већ као „средство за уравнотежење потраживања власника картице и трговца“.⁹⁰ Члан 81(3) услове за изузеће поставља на сличан начин. а) Технички или економски напредак: Комисија је утврдила неиспуњеност овог услова у конкретном случају, посматрајући трговце и кориснике картица, сматрајући да аргументи као што су „борба против готовинског плаћања“⁹¹ нису довољни. б) Праведан удео користи потрошачима: иако је *MasterCard* истицао да међубанкарска провизија служи „бољем функционисању система“,⁹² повећању конкуренције, „већој користи од умрежавања, веће покривености и бољим свеукупним перформансима, што, у сваком случају има користи од обе групе корисника, односно трговаца и власника картица“,⁹³ Комисија је одбацила овај аргумент. Корисност двостраног тржишта није повећана наметањем међубанкарских провизија на потрошаче, предлаже Комисија. „При постављању мултилатералне међубанкарске провизије, банка у картичној схеми мора гарантовати прави део користи за све кориснике, не само оне који су на страни схеме која примају провизију. У схеми у којој мултилатералну међубанкарску провизију плаћа стицалац издаваоцу, ефикасност мора поставити противтежу рестриктивним ефектима на штету трговаца (и накнадним куповинама). *MasterCard* није доставио доказе у вези са тим.“⁹⁴ в) Неопходност: у оквиру овог аргумента, *MasterCard* је заузео пасивнији став, тврдећи да „нема разлога за сумњу да ниво на којем је тренутно мултилатерална међубанкарска провизија постављена није оптималан“.⁹⁵ Комисија је закључила да нису испуњени услови за примену члана 81(3), и наложила измену правила везаних за мултилатералну међубанкарску провизију. У каснијој фази, *MasterCard* је оспоравала одлуку Европске комисије у два наврата, сматрајући да је улога провизије погрешно протумачена.⁹⁶

Постављање ценовне структуре на адекватан начин предмет је разматрања теорије и праксе у оквиру двостраних платформи. Роше и Тирол су истицали важност провизија и цена уопште у оквиру двостра-

89 *Ibid.*, par. 669.

90 *Ibid.*, par. 668.

91 *Ibid.*, par. 726.

92 *Ibid.*, par. 735.

93 *Ibid.*

94 *Ibid.*, par. 740.

95 *Ibid.*, par. 749.

96 The European Court of Justice, Case T- 111/08 MasterCard and Others v Commission, 24 May 2012; The European Court of Justice, Case C-382/12P, MasterCard Inc. and Others v European Commission, 11 September 2014.

них тржишта.⁹⁷ Како је истакнуто од стране Европског суда правде, неопходно је испитивање обе стране двостране структуре тржишта, како би се утврдило потенцијални антиконкурентни ефекти које производе платформе.⁹⁸ У прилог томе иде и закључак да право конкуренције ЕУ није креирано да подржава једну страну у оквиру двостране платформе, док другој иде на штету.⁹⁹

VI Закључак

Овим чланком изложена је економска структура двостраних платформи праћена анализом права ЕУ у делу који се односи на сегмент двостраних платформи. У првом делу су представљени покушаји дефинисања двостраних платформи као и њен појам, објашњени основни принципи у вези са двостраним тржиштем и представљена главна структура њених учесника. Из низа примера двостраних платформи узет је пример банкарско-картичног пословања као класичан пример у коме једна платформа окупља трговце и кориснике са циљем реализације економских трансфера, и показали смо и колико је сложено пронаћи равнотежу између кажњивог и економски прихваћеног понашања банака. Са развојем нових начина пословања, неопходно је изнаћи правне инструменте која ће спречити повреде права конкуренције. Покушај да се да одговор на питање на који начин комисије за заштиту конкуренције треба да идентификују потенцијалне проблеме који израњају из двостраних платформи, а да решења која проналазе буду у складу са тржишном ефикасношћу и правом конкуренције представља прави изазов са којим ће бити суочене у блиској будућности.

97 J. Rochet, J. Tirole (2003), 990–1029.

98 The European Court of Justice, Case C-382/12P, MasterCard Inc. and Others v European Commission, 11 September 2014.

99 *Ibid.*, par. 242–243.

Sonja ČEKIĆ
master of European integration

DIGITAL PLATFORMS: COMPETITION LAW ANALYSIS OF TWO-SIDED MARKETS

Summary

One of the most significant current discussions in economic theory is focused on markets that brings together two different groups of natural or legal persons who wish to communicate via 'platform' and where interaction depends on number of participants joining the same platform. This article tends to focus on basic principles related to two-sided markets, network externalities, participants, pricing strategies and potential abuses of this relatively new way of business. In the pages that follow it will be examined one of typical two-sided markets examples, credit card platform, and presented case-law developments concerning fee architecture within payment card systems. Little is known about two-sided theory and it is not yet clear what factors distinguish it from traditional companies; however, competition law analysis is indispensable and significant. This point to the need to understand the different perceptions of the two-sided markets that exist between users; and the chance to take on a new and interesting way to present a selection of intriguing case-laws related to this research decided upon by main European Union Institutions, the European Commission and the European Court of Justice.

Key words: *two-sided market, platforms, intermediation, pricing, payment cards.*

**Владимир УРШИЧ, мастер права
адвокатски приправник**

ЗАШТИТА ТРАДИЦИОНАЛНОГ ЗНАЊА И ТРАДИЦИОНАЛНИХ ОБЛИКА ИЗРАЖАВАЊА КУЛТУРЕ ПУТЕМ ПРАВА ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ

Резиме

Перманентно искоришћавање традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе, које се неретко сироводи неовлашћено и непримерено, без дужног обзира и респекта према културним и економским интересима аутохтоних и локалних заједница из којих потичу, нарочито је изражено у савременом свету услед убрзаног развоја информатичких технологија, што је намећуло питање изнајавења одговарајуће правне заштите, које је већ неколико деценија у жици интересовања међународне стручне јавности. Овим чланком се пре свега пружа увид у проблематику дефинисања традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе као предмета заштите, а затим у даљем излагању износе могућности њихове заштите путем класичних институција права индустријске својине.

Кључне речи: *традиционално знање, традиционални облици изражавања културе, фолклор, право интелектуалне својине, право индустријске својине, Светска организација за интелектуалну својину (WIPO), Организација за образовање, науку и културу УН (UNESCO).*

I Предмет заштите

1. Традиционално знање (*Traditional Knowledge – TK*)

Термин традиционално знање услед множине појавних облика и карактеристика још увек нема коначну опште усвојену формалну дефиницију,¹ тако да се у стручној литератури користе радни описи, као што је опис Светске организације за интелектуалну својину (*World Intellectual Property Organisation – WIPO*):

„Традиционално знање се односи на садржину или суштину знања које је последица интелектуалне активности у традиционалном контексту, која укључује практично знање, вештине, иновације, праксе и учења која су саставни део традиционалних система знања, као и знање у које су utkани традиционални начини живота аутохтоних и локалних заједница или које се налази у системима кодификованог знања које се преноси са генерације на генерацију.“²

Сматра се да је то суштински скуп: знања, *know-how*, вештина, иновација, информација, праксе, вештина и учења, у разним областима традиционалног знања, као што су традиционална пољопривреда, заштита животне средине или традиционална медицина.³ Ова знања поред бројних других укључују и знања о традиционалним лековима и лечењу, традиционалне начине лова и риболова, знања о обрасцима миграција животињских врста или наводњавању.⁴

Традиционално знање се не сматра старином, већ напротив виталним, динамичним делом савременог живота многих аутохтоних заједница, које се развија, одржава и преноси међу генерацијама, често према специфичним обичајним начинима преношења знања и које представља део културног и духовног идентитета тих заједница.⁵

Многе аутохтоне заједнице сматрају традиционално знање и традиционалне облике изражавања културе недељивом целином, међутим,

1 Kuei-Jung Ni, „Traditional Knowledge and Global Lawmaking“, *Northwestern Law Journal of International Human Rights*, Vol. 10, 2011, доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930962, 85–86.

2 K-J. Ni, 85–86.

3 Intellectual Property and Traditional Knowledge, WIPO Booklet No. 2, доступно на адреси: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf, 4.

4 Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions, WIPO Booklet 2012, доступно на адреси: http://www.wipo.int/edocs/pubdoc/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf, 9.

5 Intellectual Property and Traditional Knowledge, 6.

у новије време се у стручним круговима између њих углавном прави разлика са становишта заштите у оквиру права интелектуалне својине.⁶

2. Традиционални облици изражавања културе (*Traditional Cultural Expressions – TCE*)

Према дефиницији из Модела закона за национална законодавства о заштити традиционалних облика изражавања фолклора од неовлашћеног коришћења и друге штетне употребе из 1982. године,⁷ традиционални облици изражавања културе, или изражавања фолклора, подразумевају дела која се састоје од карактеристичних елемената уметничког наслеђа које је развијено и које се одржава у оквиру одређене традиционалне заједнице, или које развија или одржава појединац који представља традиционална уметничка очекивања такве заједнице, што се нарочито односи на:

- а) вербалне облике, као што су народне бајке, народна поезија и загонетке,
- б) музичке облике, као што су народне песме и инструментална музика,
- в) облике активности, као што су фолклорни плесови, игре, драме и уметничке форме или ритуали; испољени у материјалном или нематеријалном облику; као и
- г) материјалне облике, као што су:
 - уметничка фолклорна дела, нарочито цртежи, слике, резбарије, скулптуре, грнчарија, теракота, мозаик, дуборези, накит, плетене корпе, исплетени предмети, текстил, теписи, ношње;
 - музички инструменти;
 - архитектонски облици.⁸

Произлази да традиционални облици изражавања културе могу бити материјални, нематеријални или, што је најчешће случај, ком-

6 Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions, 8.

7 United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO) and World Intellectual Property Organisation (WIPO), Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, 1985, доступно на адреси: <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=6714>, 9–10.

8 *Ibid*, Part II, 10.

бинација оба. Сматра се да у сваком материјалном предмету, често постоји симболички или религиозни елемент који је од њега неодвојив.⁹

Традиционални облици изражавања културе сматрају се саставним делом културног наслеђа и друштвеног идентитета аутохтоних и локалних заједница. Они се преносе с генерације на генерацију, стално развијају и поново стварају. Коришћење термина „фолклор“ изазвало је критику извесног броја земаља због негативне конотације која сугерише да је старинску традицију потребно записати и сећати је се, а не користити или славити у савременом животу.¹⁰ Услед тога је у научним радовима и публикацијама новијег датума чешће заступљен термин „традиционални облици изражавања културе“, обзиром да западњачко значење термина „фолклор“ често има конотацију нечег „неживог“ и нечег што је инфериорног квалитета у естетском смислу, док термин „традиционални облици изражавања културе“ указује да су традиционалне културе живе и да могу обухватити уметничке облике високог естетског квалитета.¹¹

Постоји гледиште да би шира дефиниција вероватно боље одражавала сложену стварност традиционалних облика изражавања културе, али да би се то лоше одразило на ефикасност правне заштите. Уколико би појам традиционалне културе био проширен изван оквира уметничког стваралаштва, и ако би било прихваћено да се обухвате сва обележја која би допринела потпунијем сагледавању особености аутохтоног народа или традиционалне заједнице, постало би у правном контексту готово немогуће разазнати предмет заштите. Био би то разлог за прихватање уже дефиниције, при чему не треба превидети да „аутохтони народи сматрају све производе људског ума и срца међусобно повезаним, који потичу из истог извора, и укључују однос између људи и њихове земље, њихово сродство са другим живим бићима која деле земљу и са њиховим духовним светом“.¹²

Новија, нешто шира дефиниција традиционалних облика изражавања културе представљена је у члану 1. нацрта одредби Међувладиног комитета за интелектуалну својину и генетске ресурсе, традиционално

9 Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions, 10.

10 M. Torsen, „Anonymous, untitled, mixed media: Mixing Intellectual Property Law with other legal philosophies to protect Traditional Cultural Expressions“, *American Journal of Comparative Law*, 2006, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1125414, 3.

11 C. B. Graber, „Traditional Cultural Expressions in a Matrix of Copyright, Cultural Diversity and Human Rights“, *New Directions in Copyright Law*, Vol. 5, 2007, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156744, 2007, 48–49.

12 C. B. Graber (2007), 50–51.

знање и фолклор (*Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, IGC*) 2012. године, који делује у оквиру WIPO, под називом Заштита израза традиционалне културе: Нацрт одредби.¹³

Заштита традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе аутохтоних народа и традиционалних заједница од неовлашћеног присвајања и комерцијализације, већ извесно време је у жижи интересовања међународне стручне јавности. Повећано интересовање за ову област је пре свега одговор на негативне ефекте економске глобализације на традиционално стваралаштво и културу аутохтоних заједница.¹⁴ Чињеница је да се данас у глобално повезаном свету увећао ризик од континуираног присвајања и комерцијализације стваралаштва аутохтоних народа без готово икакве могућности да ове заједнице то спрече.¹⁵

Савремени развој информационих технологија, нарочито у области снимања звука и слике, њиховог преноса и емитовања, пружају готово неограничене могућности за недозвољено присвајање и комерцијализацију традиционалног знања и културног наслеђа. Притом се то често чини без дужног поштовања и обзира према културним и економским интересима заједница из којих потиче, и без уступања било каквог дела прихода остварених коришћењем народима из којих је потекао.¹⁶

Стога се питање заштите традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе у контексту права интелектуалне својине у националним и међународним оквирима, осим у националним законодавним телима и научним круговима, посебно разматра од стране специјализованих агенција Уједињених Нација, као што су Организација за образовање, науку и културу УН (UNESCO) са седиштем у Паризу и Светска организација за интелектуалну својину (WIPO) са седиштем у Женеви, као и њихових комисија и других тела.

Питања заштите и очувања традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе у ширем контексту покренута су и у неколико UNESCO конвенција, као што су Конвенција о свет-

13 The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, WIPO IGC 2012, доступно на адреси: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_22/wipo_grtkf_ic_22_ref_facilitators_text.pdf, 6.

14 C. B. Graber (2007), 45.

15 C. B. Graber, „Can Modern Law Safeguard Archaic Cultural Expressions? Observations from a Legal Sociology Perspective“, *NCCR Trade Working Paper No. 2007/09*, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090800, 2.

16 Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, 3.

ском наслеђу 1972. (*World Heritage Convention*), Конвенција за очување нематеријалног културног наслеђа 2003. (*Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage*) и Конвенција о заштити и промоцији разноликости културних израза 2005. (*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*). WIPO организација је у оквиру својих програма спровела низ мисија у бројним земаљама широм света у циљу утврђивања чињеница ради проучавања актуелних приступа и будућих могућности у заштити права интелектуалне својине и носилаца традиционалног знања, иновација и културе.¹⁷

II Заштита путем права индустријске својине

1. Патентно право

Примена патентног права у заштити традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе своди се, могло би се рећи на два могућа приступа, на такозвану „позитивну“ заштиту и на „одбрамбену“ заштиту.

Позитивна заштита путем патентног права може бити успешно примењена активним учешћем надлежних државних институција путем одобравања патената аутохтоним носиоцима традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе, који им тиме омогућавају контролу коришћења истих, спречавање трећих лица од неовлашћене употребе или употребе на неприкладан начин, као и да стичу економске користи од њихове експлоатације.¹⁸ Тако је на пример у Кини 2001. године одобрено 3300 патената за проналаске у области традиционалне кинеске медицине.¹⁹

Активна улога државе у заштити је видљива и на примеру устава Венецуеле из 1999. године, који у поглављу под називом „Права аутохтоних народа“, прокламује да је колективна интелектуална својина традиционалног знања и њене колективне користи, загарантована и заштићена, као и да је забрањена свака регистрација патената заснована на традиционалном знању, технологијама и проналасцима аутохтоних народа. Устав Еквадора из 1988. године говори о „признању колективне интелектуалне својине традиционалног знања, његовом значају, употреби и развоју у складу са законом“.²⁰

17 A. Tabrez, „Intellectual Property Protection of Bio-Cultural Property and Expression of Folklore in International Legal Regime“, 2010, доступно на адреси: <http://www.ssrn.com/abstract=1589689>, 4.

18 Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions, 15–16.

19 Intellectual Property and Traditional Knowledge, 18.

20 A. Tabrez, 7.

Одбрамбена заштита с друге стране има за циљ да спречи трећа лица која не припадају аутохтоној заједници да стекну патентна права на традиционалном знању и традиционалним облицима изражавања културе. То се постиже стварањем база података и регистара у разним областима традиционалног знања и претходно насталом традиционалном уметничком стваралаштву, које могу послужити уредима за патенте приликом провере да ли се патентна пријава односи на већ познато претходно знање (*prior art*).²¹ Такве базе података традиционалног знања креиране су у Кини, Индији и Венецуели.

Државна агенција за заштиту интелектуалне својине Кине сачинила је базу патената традиционалне кинеске медицине, која садржи библиографске податке и формуле, ради испитивања и провере патентних пријава.²²

Дигитална библиотека традиционалног знања Индије (TKDL) плод је заједничког пројекта Министарства науке и технологије, Одељења *AYUSH* (*Ayurveda, Yoga and naturopathy, Unani, Siddha and Homeopathy*), Министарства здравља и добробити породице и Савета за научно и индустријско истраживање (CSIR), започетог 2001. године. Библиотека садржи потребне описе традиционалног знања и доступна је канцеларијама за патенте широм света у формату погодном за дистрибуцију, тако да може служити како за испитивање патентних пријава, тако и као база литературе традиционалног знања. Материјал ове библиотеке успешно се користи за оповргавање оригиналности патентних пријава и спречавање неоправданог стицања патената, а такође и за поништавање већ одобрених патената који су се заснивали на неизмењеним подацима о традиционалном знању ове библиотеке, што представља добар пример одбрамбене заштите традиционалног знања од неовлашћене употребе од стране трећих лица.²³

Пројект Венецуеле *Biozulu* је база података о лековитом биљу и прехрамбеним артиклима које користе двадесетчетири аутохтоне етничке групе које настањују амазонске џунгле, а који је конципиран у циљу усмеравања заинтересованих компанија да се обраћају директно администратору тог пројекта уместо непосредно аутохтоним групама, и на тај начин спрече злоупотребе. Овакав приступ се може користити за прибављање ткз. сагласности на основу претходне информисаности (PIC).²⁴

21 Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions, 16.

22 P. Andanda, „Striking a balance between Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge, Cultural Preservation and Access to Knowledge“, *Journal of Intellectual Property Rights*, 2012, доступно на адреси: [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15023/1/JIPR%2017\(6\)%20547-558.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/15023/1/JIPR%2017(6)%20547-558.pdf), 553.

23 *Ibid*, 553.

24 *Ibid*, 553.

Познати су примери поништаја регистрованих патената на основу података из база традиционалног знања, као што је случај патента:

- Куркума (*Turmeric*) који је 1995. године одобрила Канцеларија за патенте и жигове САД као средства за лечење рана, побијаног од стране индијског Савета за научна и индустријска истраживања уз аргументе да се куркума користила хиљадама година уназад за лечење рана и осипа и да сходно томе не представља никакву новост, што је доказано на основу старих текстова на санскриту и чланка објављеног у Гласнику индијског лекарског удружења. Патент је на основу тога поништен.
- Ним (*Azadirachta indica*) који је 1994. године одобрила Европска канцеларија за патенте као поступак за контролисање гљива на биљкама путем екстрахованог уља индијског дрвета ним. Поступак за укидање овог патента покренут је од стране групе невладиних организација и представника индијских пољопривредника, уз доказе да је фунгицидни ефекат екстракта семена овог дрвета био вековима познат и коришћен у индијској пољопривреди као средство за заштиту усева и да стога не представља никакву новост. Европска канцеларија за патенте је опозвала овај патент 2000. године.²⁵

Сматра се да је главни недостатак база података тај што се саме базе података могу заштитити, али не и информације о традиционалном знању које база садржи.

Може се закључити, да патентно право није одговарајуће за заштиту већине традиционалних облика изражавања културе аутохтоних народа, обзиром да ова врста духовних творевина није предмет патентне заштите, али да је применљиво код заштите традиционалног знања што је видљиво из раније изложених примера. Међутим, и код традиционалног знања постоји опасност да, на пример фармацеутска индустрија изолује активну лековиту супстанцу из биљке за коју сазна да је користи нека аутохтона заједница за лечење одређених болести и да је затим развије као лек и заштити патентом.²⁶

Откривање порекла (*Disclosure of Origin*) у патентној пријави и прилагање претходне сагласности издате од стране носилаца традицио-

25 A. Tabrez, S. Adicary, I. Das, „Protection of Bio-Cultural Property in the Cradle of Traditional Knowledge“, 2010, доступно на адреси: <http://www.ssrn.com/abstract=1589687>, 14–16.

26 R. Paterson, D. Karjala, „Looking beyond intellectual property in resolving protection of the intangible cultural heritage of indigeneous peoples“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, 2003, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438148, 645.

налног знања (*PIC consent*) у складу са чланом 8 Конвенције о биолошкој разноврсности УН из 1992.²⁷ и Одлуке В/16 усвојене на петом заседању 2000, може спречити одобравање патената за неоригиналне проналаске и повратити поверење традиционалних заједница у патентно право.²⁸

У члану 8 наведене конвенције наводи се да ће „свака страна у мери у којој је то могуће и прикладно ... у складу са својим националним законодавством, поштовати, чувати и одржавати знање, иновације и праксу аутохтоних и локалних заједница које отеловљују традиционални начин живљења који је од важности за очување и одрживу употребу биолошке разноврсности, и промовисати њихову ширу примену уз одобрење и ангажовање носилаца тог знања, иновација и праксе, као и подстицати праведну расподелу користи које проистичу из употребе тог знања, иновације и праксе ...“.²⁹

2. Право знакова разликовања

Аутохтони народи и традиционалне заједнице сусрећу се са учесталом праксом неовлашћене комерцијалне употребе њихових вербалних израза, речи, назива, симбола и других препознатљивих ознака, који се без њихове приволе употребљавају и региструју као жигови. Стога законодавства појединих земаља својим прописима изричито забрањују регистрацију аутохтоних симбола и знакова као жигова и других знакова разликовања.³⁰ Тако Закон о индијанским уметничким делима и рукотворинама САД из 1990. године, прописује кривичне санкције и омогућава подношење грађанске тужбе против лица која нуде и продају робу као индијански производ.³¹

Аутохтоне заједнице не користе често заштиту путем права жига када им то законодавство омогућава, из разлога што се жиг региструје на одређено лице као носиоца, а не на колективитет из чијег традиционалног наслеђа знакови разликовања потичу.³²

Чешће се ради заштите користи жиг гаранције, као жиг правног лица које се бави провером и утврђивањем квалитета робе, иако

27 Convention on Biological Diversity (CBD) UN 1992, доступно на адреси: <http://www.biodiv.be/convention/cbd-text>, 6.

28 P. Andanda, 553.

29 *Ibid*, 553.

30 Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, WIPO Booklet No. 1, доступно на адреси: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/913/wipo_pub_913.pdf, 18.

31 R. Paterson, D. Karjala, 666–667.

32 K. Puri, „Protection of Traditional Culture and Folklore“, доступно на адреси: <http://www.folklife.si.edu/resources/unesco/puri.htm>, 5.

то лице не мора бити и произвођач робе за коју је жиг регистрован. Носилац таквог жига обавезан је да уступи право на коришћење тим жигом свим субјектима чија роба испуњава стандарде у погледу квалитета, технологије производње, порекла производа или сировина и сл., под условима из акта о жигу гаранције, као и да забрани употребу жига сваком субјекту који га употребљава противно акту о жигу гаранције.³³

Као пример жига гаранције можемо навести „*Toi Iho*“ са Новог Зеланда, који је регистровани опште признати жиг квалитета и аутентичности Маори уметника и њихове уметности, а препознат је као изузетна културна иницијатива за аутохтоне народе од Светске организације за интелектуалну својину (WIPO). Маори уметници приказом *Toi Iho* жига на својим делима, пружају гаранцију квалитета и аутентичности својих производа и уједно омогућавају разликовање од осталих сличних дела на тржишту (видети на адреси: <http://www.toiho.co.nz>).³⁴

Одређене регионалне организације и државе предузеле су мере да спрече неовлашћено регистровање аутохтоних речи, симбола, итд. као жигове. Тако се према члану 136 (г) Одлуке 486. Комисије Андске заједнице предвиђа да се не могу регистровати знаци чија употреба у трговини може прекомерно утицати на права трећих лица, посебно ако се састоје од имена аутохтоне афро-америчке или локалне заједнице, назива, речи, слова, симбола или знакова који се користе за разликовање њихових производа, услуга или начина на који су произведени, или сачињава изразе њихове културе или вештине, осим уколико је захтев поднет од стране заједнице, или ако је заједница на то дала пристанак. Канцеларија за патенте и жигове САД (USPTO) установила је обимну базу података која садржи службене знакове разликовања свих племена америчких Индијанаца, тако да може да одбије регистрацију предложеног знака који лажно наговештава везу са аутохтоним племеном или да потиче од тог племена.³⁵

Познат је пример етикетирања Међународне организације *Fairtrade* (FLO) која издаје међународни жиг гаранције *Fairtrade*, у циљу да се помогне малим произвођачима у земљама у развоју.³⁶ Поред гаранције

33 С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 159.

34 Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, 18.

35 WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), Thirteen Session 2008, The protection of Traditional Cultural Expressions: Draft gap analysis, 2008, доступно на адреси: http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=16204, 34.

36 С. В. Graber, J. Lai, „Indigenous Cultural Heritage and Fair Trade: Voluntary Certification Standards in the Light of WIPO and WTO Law and Policymaking“, *Indigenous Peoples' Innovation. Intellectual Property Pathways to Development*, 2011, доступно

да произвођачи робе неће бити неправедно експлоатисани механизмима глобалног тржишта, систем има за циљ да допринесе друштвеном и еколошком развоју маргинализованих делова света. Произвођачи су сви заједно власници FLO и уједно чланови управног одбора, тако да сами одређују правце развоја организације.³⁷

Стандарди ове организације обезбеђују произвођачима утицај на услове трговине, пристојна примања код послодаваца, образовање и здравствену заштиту, слободу синдикалног удруживања, као и минималне цене њихових производа ради покрића трошкова одрживе производње.³⁸

Како су традиционална културна наслеђа најчешће снажно везана за одређени локалитет, могло би се рећи да ознаке географског порекла могу представљати погодан облик заштите за традиционалне облике изражавања културе и традиционално знање, нарочито када су у облику материјалних производа.³⁹ Постоје две групе ознака географског порекла: име порекла и географске ознаке. Име порекла је назив географског локалитета са којег производ потиче, чији квалитет је искључиво или битно условљен географским пореклом и чија се производња, прерада и припрема у целини одвија на том локалитету. Географска ознака је назив географског локалитета са којег одређени производ потиче, чији се квалитет или репутација приписују његовом географском пореклу, при чему је довољно да се његова производња или прерада или припрема одвија на том локалитету.⁴⁰

Оно што нарочито погодује да се аутохтони производи штите ознакама географског порекла је неопходност да природни фактори (као што су клима, састав земљишта, итд.) и друштвене претпоставке (као што су неговање традиционалних занатских вештина, познавање одређене традиционалне технологије, итд.) буду услов за постизање одређених специфичних квалитативних својстава робе или услуге на коју се ознака односи. Ово је кључни позитивни услов заштите и разлог због којег се ознаке географског порекла штите.⁴¹

Као и жигови, заштита ознака географског порекла има за циљ да заштити углед аутохтоних и традиционалних заједница које имају улогу трговца и њихових производа и да спречи неовлашћену употребу оних

на адреси: https://www.unilu.ch/fileadmin/shared/Publikationen/lai_graber_indigenous-cultural-heritage.pdf, 12.

37 *Ibid*, 12.

38 *Ibid*, 13.

39 Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, 18.

40 С. Марковић, Д. Поповић, 174.

41 *Ibid*, 176.

ознака које лако могу довести потрошаче у заблуду. Навешћемо примере заштићених ознака географског порекла. У Португалији, вез *Madeira* је заштићен као ознака географског порекла. У Мексику, име порекла *Olinala* се користи за производе од лакираног дрвета (на пример комодe, сандуци, итд.) који су направљени у граду Олинала у држави Гуереро. Занатлије које праве ове предмете користе дрво Алоје (*Bursera aeloxylon*) и природне материјале, као што су сало инсеката и минерални прах.⁴²

3. Право сузбијања нелојалне конкуренције

Док уметничко наслеђе заједнице игра значајну друштвену, духовну и културну улогу, оно истовремено као извор креативности и иновативности, игра улогу у њеном економском развоју. Употреба материјала традиционале културе доприноси економском развоју традиционалних заједница кроз покретање предузетништва, отварања нових радних места у локалним заједницама, развој вештина, туризма, итд. Традиционалне културне манифестације су такође извор инспирације и креативности за издавачку делатност, аудиовизуелну индустрију, модну конфекцију, занате и дизајн. Међутим оно што из једне перспективе изгледа као креативност, из друге може да изгледа као угрожавање традиционалне културе.⁴³

На томе су засновани бројни примери развојних пројеката за ублажавање сиромаштва, као што је пројект „Улајање у културу“ народа *Khomani San* из Јужне Африке, којим се подстиче развој занатства те заједнице и омогућава јој да по први пут остварује приходе. Национална институција Колумбије „*Artesanias de Colombia*“ се стара и подстиче развој и промоцију производње традиционалних рукотворина, које су у многим случајевима једини производи којима се тргује између малих заједница, где су запослене већином жене, и која доприноси равномернијој расподели средстава у породицама са ниским приходима или у самохраним породицама.⁴⁴

Облици присвајања и неовлашћене употребе на које се аутохтоне традиционалне заједнице често жале је употреба лажних и обмањујућих тврдњи и ознака у погледу аутентичности или порекла производа, тако што се на јефтини индустријски израђен производ ставља ознака која га лажно представља „аутентичном“, „домаћим“, или да потиче од одређене

42 M. Torsen, J. Anderson, „Intellectual Property and safeguarding of traditional cultures“, 2010, доступно на адреси: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf, 59.

43 Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, 6–7.

44 *Ibid*, 7.

традиционалне заједнице.⁴⁵ Оваква пракса је нарочито распрострањена у уметности и туристичкој делатности.⁴⁶

Право сузбијања нелојалне конкуренције користи се као једно од средстава за заштиту ознака географског порекла, дизајна, топографије интегрисаних кола, и као једна од могућности за заштиту традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе од разних злоупотреба у трговинском промету.⁴⁷ Услов за примену прописа о сузбијању нелојалне конкуренције је постојање неке од радњи које представљају повреду добрих пословних обичаја, а то су најчешће имитације туђег производа, туђе услуге или туђе рекламе, и коришћење туђе ознаке.⁴⁸

Повреду добрих пословних обичаја представља свакако само она имитација која може учеснике у привредном промету довести до забуне, или у опасност од забуне о неком својству робе или услуге, или ако се тиме паразитски искоришћава туђе интелектуално добро уложено у тај производ или услугу.⁴⁹

Коришћење туђе ознаке у привредном промету такође представља повреду добрих пословних обичаја, било да је реч о фирми другог субјекта, његовој делатности, или се односи на робу или услугу, под условом да то ствара или може створити забуну на тржишту, како у погледу носиоца ознаке, робе или услуга, или се тиме туђа ознака разводњава тј. компромитује и умањује њена изразито јака рекламна функција.⁵⁰

Сузбијање нелојалне конкуренције обезбеђује заштиту од неадекватне комерцијалне употребе, а нарочито од привредних субјеката који профитирају од неовлашћене употребе традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе, истовремено одбацујући његову традиционалну функцију.⁵¹

4. Пословна тајна (*Know-how*)

Пословна тајна, као корисна поверљива пословна информација која није доступна заинтересованим лицима, као нематеријално добро,

45 *Ibid*, 17.

46 K. Puri, 2.

47 Intellectual Property and Traditional Knowledge, 25.

48 С. Марковић, Д. Поповић, 290.

49 С. Марковић, Д. Поповић, 291.

50 С. Марковић, Д. Поповић, 299.

51 D. Kallinikou, „Protection of traditional cultural expressions or expressions of folklore“, *ICME papers 2005*, доступно на адреси: http://icme.icom.museum/fileadmin/user_upload/pdf/2005/kallinikou.pdf, 4.

има својство да се може саопштити другоме на начин да стицалац може да је сврсисходно примени.⁵² Пословна тајна се односи на информацију која је значајна за привређивање и конкурентски положај онога ко је користи, стога се најчешће односи на технолошка, финансијска, маркетиншка, персонална и многобројна друга питања, а њена корисност је главни разлог због којег она има својство поверљивости.⁵³

Разлози правичности налажу да се аутохтоним заједницама пружи заштита у случајевима када се ритуали и симболи које аутохтони народи сматрају за свете или тајне објављују против њихове воље. Применом савремене технологије могуће је направити снимак таквих дела са велике удаљености (на пример, снимање светог плеса из авиона).⁵⁴ Институт пословне тајне је управо подобан за заштиту неоткривеног традиционалног знања, укључујући тајно и свето традиционално знање. Обичајно право традиционалних заједница често налаже да одређено знање буде откривено само одређеним члановима групе. Судови су пружали заштиту у случају повреде тајности која је настала повредом обичајног права.⁵⁵

Члан 39. TRIPS споразума и члан 10bis Париске конвенције може у појединим случајевима да пружи адекватну заштиту тајним и светим традиционалним облицима изражавања културе и традиционалном знању, иако су ове одредбе прикладније за индустријске и трговинске информације. Затим, нису сви тајни или свети традиционални облици изражавања културе економски вредне информације. Међутим, откривање тајног и светог традиционалног облика изражавања културе најчешће проузрокује културну и духовну штету него економску.⁵⁶

Навешћемо судски поступак *Foster versus Mountford* (1976, 29 FLR 233). Овај случај се бавио продајом књиге „Номади Аустралијске пустиње“ коју је написао антрополог Др. Маунтфорд. Тужиоци су успешно доказали да књига садржи информације које су поверљиво откривене Др. Маунтфорду пре 35 година, те да откривање тајни у књизи женама, деци и неиницираним људима може нарушити друштвену и религијску стабилност њихове заједнице. Суд је забранио књигу сматрајући да је њено објављивање довело до кршења поверења.⁵⁷

52 С. Марковић, Д. Поповић, 305–306.

53 С. Марковић, Д. Поповић, 306.

54 R. K. Paterson, D. S. Karjala, „Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, 2003, 665.

55 Intellectual Property and Traditional Knowledge, 19.

56 WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), 23.

57 Intellectual Property and Traditional Knowledge, 20; K. Puri, 2.

У случају везаном за „Storybase“ дигиталну колекцију традиционалног знања племена Тулалип из групе северноамеричких аутохтоних заједница, суд је утврдио да се само један део те базе података може открити ради испитивања патената, док су остали део традиционалног знања вође заједнице квалификовале као информације које се могу користити искључиво унутар Тулалип заједнице, сагласно обичајном праву. Ове информације су заштићене као тајне.⁵⁸

III Закључак

На основу изложеног се може закључити да право индустријске својине не пружа свеобухватне могућности за очување и заштиту традиционалног знања и традиционалних облика изражавања културе аутохтоних народа и традиционалних заједница од неовлашћеног искоришћавања. Постојећи доприноси надлежних међународних форума и истраживања стручњака, нуде бројна другачија решења овог питања, полазећи како од класичних института заштите путем права интелектуалне својине, тако и различитих *sui generis* модела заштите.

Иако је процес изналажења одговарајућег решења на глобалном нивоу још увек у току, многе државе су приступиле, како регионалним међународним споразумима о очувању и заштити традиционалног културног наслеђа, тако и увођењу различитих облика заштите у своја законодавства. Ишчекивање решења на глобалном међународном плану не би требало да буде препрека да тако исто поступе и земље које то до сада нису учиниле, или нису учиниле у одговарајућој мери, међу којима је и наша земља.

Требало би очекивати да ће ускоро и у Србији бити усвојена нормативна решења која ће омогућити да се у највећој могућој мери заштите сви аспекти и сачувају све особености нашег богатог традиционалног културног наслеђа, било доношењем посебног закона или прилагођавањем и допунама постојећих закона о интелектуалној својини, кривичних, царинских и других прописа који су у вези са предметом заштите, уз подизање стручности правосудних и управних органа надлежних за поступање у овој области и неизоставно укључење јавне агенције Завода за интелектуалну својину у систем очувања и заштите нашег традиционалног културног наслеђа, као и уз пуно уважавање доприноса научноистраживачког рада академских образовних установа и институција на прикупљању, регистровању и изучавању традиционалног културног наслеђа,

58 Intellectual Property and Traditional Knowledge, 19.

Vladimir URŠIČ, M.A.
Trainee Attorney at Law

PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE AND INDIGENOUS CULTURAL EXPRESSIONS THROUGH INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS

Summary

Permanent utilization of traditional knowledge and traditional cultural expressions, often carried out in an unauthorized and inappropriate manner and without due consideration and respect for the cultural and economic interests of indigenous and local communities of origin, is particularly pronounced in the modern world due to the rapid development of information technology, which has imposed the question that has been in the focus of attention of international experts for decades of finding an appropriate legal protection. This article firstly provides an insight into the problem of defining the traditional knowledge and traditional cultural expressions as an object of protection and then further down in the text exposes the possibilities of their protection through classic institutions of industrial property rights.

Key words: *traditional knowledge, traditional cultural expressions, folklore, intellectual property law, industrial property rights, World Intellectual Property Organization (WIPO), United Nations Education, Scientific and Cultural Organization (UNESCO).*

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

др Бранислав МАЛАГУРСКИ
ванредни професор Факултета за европске правне и политичке
студије Универзитета ЕДУКОНС у Новом Саду

ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА У ПРАКСИ ПРИВРЕДНИХ СУДОВА – НЕКА ОДАБРАНА ПИТАЊА

Резиме

У раду се сагледава пракса привредних судова у примени Закона о привредним друштвима, са фокусом на ништовости оснивачкој акти, побивање одлука скупуштинне привредној друштва, те искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу. Уз увид у праксу привредних, у првом реду Привредној апелационој суда, те приказ како поједине одредбе Закона о привредним друштвима тумаче привредни судови, скреће се пажња и на то да је ограничен број одлука привредних судова у примени тој закона последица напашене улоге орђана управе при регистрацији привредних друштва, али, и недостигања одговарајуће активне легитимације ширеј круга заинтересованих лица да се покрене спор.

Кључне речи: *практика привредних судова, Закон о привредним друштвима, ништовости и побивности одлука, искључење члана.*

I Увод

Закон о привредним друштвима¹ (даље у тексту: ЗОПД) у пракси привредних судова примењује се када до спора долази поводом статусних питања везаних за привредна друштва. Ради разумевања зашто одређене врсте статусних спорова доминирају пред привредним судовима, ваља поћи од Закона о уређењу судова Републике Србије,² који одређује надлежности привредних и Управног суда, али и чињенице да је регистрација привредних друштава у Србији у надлежности Агенције за привредне регистре,³ (даље у тексту: АПР) као органа управе. Због тога се низ спорних питања везаних за регистрацију привредних друштава решава током поступка регистрације, по Закону о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре⁴ (даље у тексту: ЗОПРАПР) од стране АПР, односно Министра привреде, као другостепеног органа за жалбе против одлука АПР донетих током поступка регистрације настанка или промена везаних за статус привредних друштава.⁵ Везано за регистрацију привредних друштава, може да се покрене и управни спор, који се одвија пред Управним судом.⁶

Предмет интереса у раду је, међутим, пракса привредних судова у статусној материји – спорови поводом статуса привредних друшта-

- 1 Закон о привредним друштвима Републике Србије – ЗОПД, *Службени тласник Републике Србије*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/2015.
- 2 Закон о уређењу судова Републике Србије, *Службени тласник Републике Србије*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016 и 108/2016.
- 3 Закон о агенцији за привредне регистре, *Службени тласник Републике Србије*, бр. 55/2004, 111/2009 и 99/2011.
- 4 По одредбама чланова 25–29 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре – ЗОПРАПР, *Службени тласник Републике Србије*, бр. 99/2011 и 83/2014.
- 5 При томе, жалба се доставља путем АПР, која пре него што је АПР достави Министру привреде на одлучивање може да се одбаци као неблаговремена, недопуштена или изјављена од неовлашћеног лица, или да се у року од пет дана утврди да је жалба основана, измени побијана одлука, или стави ван снаге решење о одбацивању пријаве и донесе решење о усвајању пријаве (чл. 28 ЗОПРАПР). Министар при одлучивању може да одбаци жалбу као неблаговремену, недопуштену или поднету од неовлашћеног лица, одбије је као неосновану, усвоји жалбу, укине одлуку и врати регистратору предмет на поновно одлучивање или усвоји жалбу, укине одлуку и сам одлучи о пријави (чл. 29 ЗОПРАПР). Након што Министар донесе одлуку, која је коначна, против ње се може покренути управни спор пред управним судом (чл. 32 ЗОПРАПР).
- 6 Видети одредбу члана 29 Закона о уређењу судова, по којој је за управне спорове надлежан Управни суд.

ва, који се воде пред привредним судовима.⁷ Увидом у одлуке привредних судова, у првом реду Привредног апелационог суда (даље у тексту: ПАС), али и у одговоре Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда (даље у тексту: ОПС ПАС) на питања привредних судова, уочава се скромна пракса у тој материји.⁸ Ипак, нека статусна питања чешће су предмет расправе и одлучивања: ништавост акта о оснивању привредног друштва, побијање одлука скупштине привредног друштва, те искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу. У раду се анализира који се проблеми притом јављају у пракси и какав одговор на њих дају привредни судови. Поред тога, увид у конкретну праксу привредних судова и њен обим могао би да осветли и питање није ли постојећи систем регистрације привредних друштава при органу управе одузео неке прерогативе привредних, као специјалних судова у корист органа управе, односно Управног суда.

II Ништавост акта о оснивању и регистрације привредног друштва

Услови ништавости оснивачког акта привредног друштва уређени су чланом 13. ЗОПД, по коме је тај акт ништав ако: 1. нема форму прописану овим законом, 2. је делатност друштва која се наводи у оснивачком акту супротна принудним прописима или јавном поретку, 3. не садржи одредбе о пословном имену друштва, улозима чланова, износу основног капитала или претежној делатности друштва, или 4. су сви потписници, у тренутку закључења оснивачког акта, били правно или пословно неспособни.⁹

Оснивачки акт мора да буде закључен у писменој форми, при чему су потписи оснивача привредног друштва оверени пред надлеж-

7 Чланом 25 ст. 1 тач. 3 Закона о уређењу судова одређује се да је надлежност привредних судова да суде у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности.

8 Мирко, Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса“, *Право и привреда*, вол. 55, бр. 4–6, 2017, 13. Аутор налази разлоге у томе што су извори за праксу новијег датума. Али, осврћући се на праксу компанијског права пред судовима у земљама са вишедеценијским искуством примене одговарајућих закона, констатује да су не само потребне и високостручне, ефикасне и независне судије, већ и судије које осећају потребе привреде и привредног живота и који и у том смислу имају одговарајуће искуство и развијен осећај професионалне одговорности и служења праву (М. Васиљевић, 14).

9 Одредба члана 13 ЗОПД.

ним органом.¹⁰ Основ за ништавост оснивачког акт је недостатак у његовој форми, а не и његовој садржини. Како се не може очекивати да се привредно друштво региструје ако пријави није приложен такав оснивачки акт, мало је вероватно да се привредно друштво региструје без оснивачког акта у писменој форми и да то буде основ ништавости оснивачког акта. У пракси је тешко замислити и пропуст регистратора да оцени да је претежна, или друга делатност друштва наведена у оснивачком акту супротна принудним прописима/јавном поретку. Као ни то да се региструје оснивачки акт у коме нису садржани пословно име друштва, или улози његових чланова.¹¹ Како се код јавног бележника оверава потпис сваког оснивача привредног друштва на оснивачком акту, само тешком злоупотребом пословно неспособно лице може да га потпише и код јавног бележника овери свој потпис на њему, а потом да се тај акт још и региструје. Ипак, имајући у виду да у Србији не постоји систем претходне контроле и да како јавни бележници, тако ни регистрациони орган не улази у веродостојност – аутентичност и тачност података у оснивачком акту, то се у пракси може догодити.¹²

Дакле, недостатак тужбених захтева је један од разлога што у пракси привредних судова практично нема случајева који се односе на утврђивање ништавости оснивачког акта на основу ЗОПД. Додатан разлог може се наћи у томе што је нејасно да ли је могућа примена института ништавости правних послова из закона који уређује облигационо-правне односе (у коме је садржан нелимитативни основ ништавости) у компанијској сфери (уговор о оснивању привредног друштва са лимитативним основама ништавости).¹³ У случају позитивне судске одлуке, то би отворило пут ширем кругу лица да се без обавезе доказивања свог правног интереса обраћају привредним судовима.

Увидом у садржај члана 13 ЗОПД може се уочити да су тамо наведени услови за ништавост оснивачког акта привредног друштва у скла-

10 Видети Правилник о садржини регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 42/2016, чл. 8 ст. 1 тач. 1, чл. 9 ст. 1 тач. 1, чл. 10 ст. 1 тач. 1 и чл. 11 ст. 1 тач. 1, у односу на ортачка друштва, командитна друштва, друштва с ограниченом одговорношћу, односно акционарска друштва.

11 Наиме, без обзира што регистратор у АПР није нужно правник по струци, те што АПР не улази у суштинско оцењивање сагласности оснивачког акта са законом, ипак при одлучивању о регистрацији оснивачког акта, које је организовано тимски, укључени су дипломирани правници, па само кроз низ пропусти у процедури које су мало вероватне, могло би да дође до регистрације са тих основа ништавог оснивачког акта.

12 Вид. М. Васиљевић, 17.

13 М. Васиљевић, 20. Све то уз концепт непостојања претходне формалне јавно-бележничке контроле тог акта.

ду са одредбом члана 12 Директиве 2009/101/ЕК Европског Парламента и Савета о усклађивању заштитних мера које, ради заштите интереса чланова и трећих, државе чланице захтевају за привредна друштва у смислу члана 48 ст. 2 Уговора с циљем изједначавања таквих заштитних мера.¹⁴

У литератури се приговара што је ЗОПД ништавост оснивања привредног друштва концентрисао на ништавост оснивачког акта, јер друштво није изједначено с уговором на основу кога настаје, нити ништавост тог уговора аутоматски повлачи ништавост друштва.¹⁵ Но, обзиром да исти аутор констатује да је у првом случају реч о правном основу, а у другом о чину регистрације, то није сасвим неадекватно што питање ништавости акта о оснивању уређује ЗОПД, а ништавост регистрације привредног друштва ЗОПРАПР, који уређује поступак регистрације привредних субјеката. Тако да, поред тужбе за утврђење ништавости оснивачког акта по члану 14 ЗОПД, према условима утврђеним чланом 13 ЗОПР, пред привредним судовима може да се поднесе и тужба за утврђење ништавости регистрације на основу члана 33 ЗОПРАПР.¹⁶ Ипак, систематичности ради, а имајући у виду да се и чланом 12 Директиве 2009/101/ЕК уређује ништавост привредних друштава по више основа, може се сматрати исправним став да ЗОПД треба да уреди ништавост привредних друштава, по питању ништавости правног основа њиховог настанка (акта о оснивању), али и њихове регистрације.¹⁷ То могу да то буду и различите одредбе од којих би се једна односила на ништавост оснивачког акта, а друга на ништавост самог привредног друштва с обзиром на поступак регистрације.

14 Директива 2009/101/ЕК Европског парламента и Савета о усклађивању заштитних мера које, ради заштите интереса чланова и трећих, државе чланице захтевају за привредна друштва у смислу члана 48 ст. 2 Уговора с циљем изједначавања таквих заштитних мера, *Службени листи Европске уније*, бр. Л 258/11 од 1. 10. 2009. године, 275 (даље у тексту: Директива 2009/101/ЕК). Видети одредбе члана 12 ст. 1 тач. (б), посебно i, ii и v, које се односе на поштовање правила о превентивном надзору или законски одређеном облику, називу и делатности привредног друштва, те пословној неспособности чланова привредног друштва.

15 Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда*, вол. 55, бр. 4–6/2017, 75. При томе се наводи да су за настанак и постојање привредног друштва нужни и други елементи, као што је његов упис или регистрација, која има конститутивно дејство и на основу које настаје нови субјект права. А тај посебан субјективитет указује на непостојање знака једнакости између друштва и правног основа на коме је настао (Т. Јевремовић Петровић, 76).

16 Бранко Станић, „Ништавост оснивачког акта и ништавост оснивања привредног друштва“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 3/2015, 331.

17 Т. Јевремовић Петровић, 72, 73. При томе се сматра да их ваља посматрати као два одвојена поступка, због различитих услова услед којих може да наступи ништавост, како материјалних тако и формалних. (Т. Јевремовић Петровић, 75).

Намеће се и питање какво је дејство ништавости оснивачког акта, *ex tunc* или *ex nunc*? У литератури се наилази на став да ништавост оснивачког акта нема правно дејство на правне послове тог друштва са савесним трећим лицима.¹⁸ То се потврђује и у пресуди ранијег Врховног суда Србије, у којој се у односу на примену одредбе члана 69 ранијег Закона о регистрацији привредних субјеката,¹⁹ наводи да због фикције апсолутне тачности регистра као јавне књиге, одлука о ништавости уписа у судски регистар делује само у будућности, а не и у прошлости, што представља разлику од последица ништавости облигационоправних послова.²⁰ Такав став Суда у складу је са Директивом 2009/101/ЕК, у којој се наводи да ништавост сама по себи не утиче на важење било којих обавеза које је привредно друштво преузело, не доводећи у питање последице ликвидације привредног друштва.²¹

Какве ће мере да се предузму након што се утврди ништавост уписа у регистар? Одговор се може наћи у пресуди ранијег Вишег привредног суда, по којој, ако је правноснажном судском одлуком утврђена ништавост уписа у регистар, над правним лицем које је субјект уписа спровешће се поступак ликвидације.²² Такав став суда у складу је са Директивом 2009/101/ЕК.²³

Дакле, ништавост регистрације оснивања привредног друштва доводи до његове ликвидације. Спорно је повлачи ли то аутоматски и ништавост уговора о оснивању друштва и ништавост уговора о преносу удела новооснованог друштва на трећа лица. Постављају се питања: да ли су ништави и уговори о преносу удела на трећа лица и сваки даљи уговори и правни послови трећих који располажу стеченим уделима друштва чија је регистрација оснивања правноснажном судском пресудом утврђена ништавом. Различита су мишљења: 1. такви уговори остају пуноважни, 2. они су по аутоматизму ништави, 3. предметни уговори су ништави, али морају да буду оглашени ништавим у судском поступку, пресудом која се доноси у сваком конкретном случају.²⁴ Имајући у виду напред речено, овај трећи став је најутемељенији. Утврђење ниш-

18 Б. Станић, 329.

19 Закон о регистрацији привредних субјеката – ЗОРПС, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 55/2004 и 61/2005.

20 Пресуда Врховног суда Србије Прев. 95/98 од 7.10.1998. године, видети у Б. Станић, 329.

21 Видети одредбу члана 13 ст. 3 Директиве 2009/101/ЕК.

22 Б. Станић, 330 (из решења ВПС Пж. 789/04).

23 Видети чл. 13 ст. 2, Директиве 2009/101/ЕК, у којој се наводи да је последица ништавости почетак ликвидације друштва, као и престанак привредног друштва.

24 Б. Станић, 330.

тавим регистрације привредног друштва не може се поистоветити са утврђењем ништавости оснивачког акта привредног друштва. Без новог тужбеног захтева и одлуке да се утврђује ништавост оснивачког акта по основу одредбе члана 13 ЗОПД он се не може утврдити ништавим. А судска пракса привредних судова по том питању још увек се очекује.

Иначе, у судској пракси се сматра да суд по тужби по члану 69 ЗОРПС, није био овлашћен да поништава регистрацију привредног друштва, већ само да утврђује ништавост регистрације ако постоје за то разлози из ЗОРПС. Даљи поступак брисања незаконитог уписа ништавих података регистрације спроводила је АПР.²⁵ Како су у тој ситуацији стриктно прописани субјективан и објективан рок за подношење тужбе, ваљало је водити рачуна и о томе.²⁶

III Побијање одлука скупштине привредног друштва

За побијање одлука у привредном друштву меродаван је члан 376 ЗОПД, који се односи на одлуке скупштине акционарског друштва. Он се, на одговарајући начин, односи и на одлуке скупштине друштва са ограниченом одговорношћу.²⁷

Чланом 376 ст. 1 ЗОПД одређује се да један или више акционара који су имали право на учешће у раду седнице скупштине могу тужбом надлежном суду побијати одлуку донету на тој седници скупштине и тражити накнаду штете ако: 1) та седница скупштине није била сазвана у складу са овим законом и статутом; 2) је тај акционар од стране друштва или уз знање било ког директора или члана надзорног одбора био онемогућен да учествује у раду седнице на којој је одлука донета; 3) одлука скупштине из других разлога није донета у складу са овим законом, статутом или пословником скупштине; 4) је одлука скупштине супротна закону или статуту; 5) било који акционар вршењем свог права гласа има намеру да за себе или треће лице прибави корист на штету друштва или других акционара кроз доношење или извршење те одлуке; 6) у другим случајевима у складу са овим законом.

25 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7311/2008 од 27. 10. 2009. године, видети у Б. Станић, 330.

26 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 131/2010 од 24. 6. 2010. године. Видети у *Билтену судске праксе привредних судова*, којег приређује Одељење судске праксе Привредног апелационог суда (даље у тексту и футнотама: *Билтен ПАС*), бр. 1/2011, 81–83.

27 По основу одредбе члана 217. ЗОПД, одредбе чланова 376 до 381 ЗОПД, које се односе на побијање одлука скупштине акционарског друштва, сходно се примењују и на побијање одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу.

Активну легитимацију за побијање одлука скупштине привредног друштва, по основу одредбе члана 376 ст. 1 ЗОПД имају акционари друштва, а сходно одредби члана 127 ЗОПД и чланови друштва с ограниченом одговорношћу. То што је реч о акционарима који су имали право на учешће у раду седнице скупштине одређује временско разграничење – активно су легитимисана лица која су били акционари, односно чланови друштва у време одржавања седнице скупштине. Такав закључак се могао извести и из раније одлуке ПАС.²⁸ У судској пракси скреће се пажња да се одлуке акционарског друштва побијају по одредбама о побијању из ЗОПД, а не по одредбама о ништавости из ЗОО.²⁹

Судска пракса је знатно активнија по питању побојности одлука привредних друштава него што је то поводом ништавости оснивачког акта. Тако се у новијој одлуци ПАС, која примењује одредбу члана 376 ст. 1 ЗОПД, наводи да суд налази да је побијана одлука туженог донета у складу са одредбама ЗОПД, тј. да нису испуњени услови да одлука донета на предметној седници скупштине буде ништава. Она је донета већином гласова присутних чланова, а тужилац, као члан друштва, је био уредно позван и изјаснио се да неће приступити седници, па у конкретном случају нису испуњени услови из члана 376 ст. 1 ЗОПД, у вези са чланом 217 ЗОПД, обзиром да је тужени обавештен о седници, да је имао права да учествује на истој, а у томе није онемогућен од стране туженог и другог члана друштва, те да није доставио доказе да је одлука донета супротно статуту или пословнику скупштине.³⁰

По ранијој судској пракси, акционар који није гласао на седници (није прописно позван или је онемогућен да буде присутан) или је гласао против одлуке може увек побијати одлуку скупштине акционара тужбом против одлуке.³¹ Ту је и одлука ПАС по којој акционар чији је представник присуствовао седници скупштине друштва и није гласао против одлуке чије поништење тражи није активно легитимисан за вођење парнице за побијање одлуке скупштине.³² Све се то може односити и на важећу одредбу члана 376 ст. 1 ЗОПД.

28 Из решења Привредног апелационог суда, Пж. 7251/11 од 20. 10. 2011, видети у *Билџен ПАС*, бр. 1/12, сентенца 9, 111.

29 Из решења Привредног апелационог суда, Пж. 107/10 од 29.04.2010, видети у *Билџен ПАС*, бр. 1/11, сентенца 2, 74–75.

30 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 168/2014 од 26. 3. 2015. године, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

31 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 12704/05 од 28. 11. 2005. године, доступно на адреси: http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/2.%20PRIVREDNO%20PRAVO.pdf, 20, 21.

32 Из решења Привредног апелационог суда, Пж. 12148/10 од 12. 10. 2011, видети у *Билџен ПАС*, бр. 1/12, сентенца 7, 109–110.

Круг активно легитимисаних лица за подношење тужбе ради побијања одлуке скупштине акционара проширује члан 376 ст. 2 ЗОПД, по којем тужбу може да поднесе и сваки директор или члан надзорног одбора ако би извршењем те одлуке учинио кривично или друго кажњиво дело по закону, или био одговоран за штету према друштву или трећем лицу.

Чланом 376 ст. 4 ЗОПД појашњава се да право на подношење тужбе нема акционар који је престао да буде акционар друштва након дана акционара, који је гласао за предложену одлуку или је присуствовао седници скупштине, а одлуку побија по основу одредбе члана 376 ст. 2 тач. 2 ЗОПД, тј. из разлога да је онемогућен да учествује у раду седнице скупштине акционарског друштва.

Члан 376 ст. 5 ЗОПД уређује ситуацију када током поступка по тужби из члана 376 ст. 1 ЗОПД тужилац престане да буде акционар друштва, наводећи да ће надлежни суд одбацити захтев за поништај одлуке и одлучити о захтеву за накнаду штете ако је такав захтев постављен. У новијем решењу ПАС у случају искљученог члана друштва с ограниченом одговорношћу, констатује се да је тачно да је чланом 376 ст. 5 ЗОПД прописано да ако током поступка по тужби за побијање тужилац престане да буде акционар друштва, надлежни суд ће одбацити захтев за поништај одлуке, а одлучити о захтеву за накнаду штете, ако је постављен. Но, акционар не може бити искључен одлуком скупштине друштва, као што то може да буде члан друштва са ограниченом одговорношћу, по одредби члана 195 ЗОПД. Стога се цитирана одредба у погледу побијања одлуке о искључењу, коју донесе скупштина друштва са ограниченом одговорношћу, не може односити на члана тог друштва, који побија одлуку о свом искључењу, нити је то била интенција законодавца наведеним прописивањем одбачаја захтева за поништај одлуке скупштине код акционарског друштва. Акционар акционарског друштва престаје да буде члан друштва продајом својих акција и више нема правни интерес за поништај одлука скупштине тог друштва, док члан друштва са ограниченом одговорношћу сигурно има правни интерес да побија одлуку скупштине друштва о свом искључењу, обзиром на прописане последице искључења у члану 195 ст. 3 ЗОПД.³³ Дакле, ту се не примењује одредба члана 217 ЗОПД, па члан друштва с ограниченом одговорношћу може да побија одлуку скупштине друштва о његовом искључењу.

У судској пракси се скреће пажња и на разлику између ништавости и побојности одлука скупштине привредног друштва. Поводом

33 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 4032 од 23. 7. 2015. године, видети у *Билијен ПАС*, бр. 1 /2016, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/Web-Paragraf/>, 10. 3. 2017.

члана 376 ЗОПД, ПАС истиче се да се тужбом за утврђење ништавости одлука скупштине друштва може тражити ништавост оних одлука за које ЗОПД прописује да су ништаве. Остале одлуке се побијају тужбом за поништај.³⁴ ПАС у тој одлуци прецизира да се утврђење ништавости може тражити у складу с члановима 271, 294, 301, 308, 314, 318 и 324 ЗОПД, док у конкретном случају не постоје разлози за ништавост одлука по тим члановима ЗОПД, већ разлози наведени у тужби и током поступка јесу разлози за поништај одлука, а не и за утврђење ништавости.³⁵ За разлику од тужбе за утврђење ништавости, тужба за поништај одлука има преображајни карактер, а судска одлука којом се поништава одлука скупштине друштва има конститутивно дејство.³⁶ Дакле, суд скреће пажњу да се тужбом ради поништаја, тј. тужбом за побијање одлуке скупштине привредног друштва, не може поставити захтев којим се тражи утврђење ништавости одлуке скупштине привредног друштва, што је тужилац у конкретном случају погрешно учинио.

Ставови ПАС потврђени су и на Двадесеттрећем саветовању судија привредних судова: право на побијање одлука скупштине акционара по члану 376 ЗОПД, остварује се подношењем тужбе у законом прописаном року, тужбени захтев усмерен је на побијање одлука скупштине, а поступак се окончава одлуком суда којом се поништава одлука скупштине, уз претходну доказаност испуњености законских разлога за поништај по члану 376 ст. 1 ЗОПД.³⁷ Тужба за побијање допуштена је и када су одлуке скупштине донете двотрећинском већином, јер квалификована већина не искључује право акционара на побијање одлуке, нити значи да су оне законите. Обавеза је суда да поступа по тужби и утврђује испуњеност услова из члана 376 ст. 1 ЗОПД, иако код такве одлуке мали акционар не би могао да утиче на другачије одлучивање.³⁸

Правне последице побијања одлуке донете на седници скупштине друштва, уређене су у члану 379 ЗОПД. Пресуда у делу којим се одлука скупштине привредног друштва поништава има своје дејство према

34 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 7374/15 од 3. 2. 2016, видети *Билџен ПАС*, бр. 1/2016, 61.

35 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 7374/15 од 3. 2. 2016. године, видети у *Билџен ПАС*, бр. 1/2016, 62. Притом појашњава да се тужба за утврђење ништавости може поднети само у погледу одлука за које ЗОПД изричито прописује да су ништаве, те да одлука суда којом се утврђује ништавост такве одлуке има деклараторни карактер.

36 *Ibidem*, 62. На тај начин појашњава се разлика између ништавости и побојности.

37 Привредни апелациони суд, Двадесеттреће саветовање судија привредних судија Републике Србије, Златибор, септембар 2015, видети у *Билџен ПАС*, бр. 2–3/2015, 83.

38 *Ibidem*, 84.

самом привредном друштву, његовим акционарима (члановима), директорима, као и члановима надзорног одбора ако је управљање привредним друштвом дводомно.³⁹ Надлежни суд пресуду којом поништи одлуку скупштине привредног друштва по правноснажности доставља регистру привредних субјеката ради регистрације у складу са законом о регистрацији.⁴⁰ При томе, савесна трећа лица задржавају права која су стекла на основу поништене одлуке односно њеног извршења.⁴¹ То је у складу с Директивом 2009/101/ЕК, у којој се наводи да узимајући у обзир трансакције које се спроводе, пре четрнаестог дана од објаве, на документа и појединости не може се позивати против трећих страна које докажу да је било немогуће имати сазнања о њима.⁴² То се не односи на нека права акционара привредног друштва: у односу на побијање одлуке о усвајању годишњих финансијских извештаја друштва, ако је пресудом поништена таква одлука, сматраће се да је и одлука о расподели добити за ту пословну годину поништена истом пресудом и акционари ће бити у обавези да сву дивиденду примљену по основу те одлуке врате друштву у року од 30 дана од дана правноснажности пресуде.⁴³

Има и изузетака од правила из члана 376 ЗОПД, па сходно одредби члана 381. ст. 1 тач. 1 ЗОПД одлука скупштине друштва неће бити поништена ако се одлуком врши мање значајна повреда статута или пословника скупштине, а као резултат одлуке или њеног извршења право тужиоца или другог лица није повређено или је повређено у мањој мери. Када је у питању мање значајна повреда статута или пословника скупштине, па право тужиоца није повређено, или је повређено у мањој мери, на Двадесеттрећем саветовању судија привредних судова као пример се наводи да то што мали акционар у случају када је одлука на скупштини акционарског друштва донесена двотрећинском већином не би могао да утиче на другачије одлучивање само по себи не доводи до одбијања тужбеног захтева због незнатне повреде права из члана 371 ЗОПД, без претходно датих разлога о томе да ли су одлуке које су предмет захтева законите или не.⁴⁴

Побијање одлуке скупштине привредног друштва могуће је по основу одредбе члана 376 ЗОПД, и у вези са одредбом члана 457 ЗОПД

39 Видети одредбу чл. 379 ст. 1 ЗОПД.

40 Видети одредбу чл. 379 ст. 2 ЗОПД.

41 Видети одредбу чл. 379 ст. 3 ЗОПД.

42 Видети одредбу чл. 3 ст. 6 тач. 2 Директиве 209/101/ЕК.

43 Видети одредбу чл. 380 ЗОПД.

44 Привредни апелациони суд, Двадесеттреће саветовање судија привредних судија Републике Србије, Златибор, септембар 2015, видети у *Билџен ПАС*, бр. 2–3/2015, 84.

који се односи на одлуку о усвајању извештаја о ванредној ревизији. Према пракси ПАС извештај се може стављати на дневни ред скупштине акционарског друштва, и одлука о усвајању може потом бити предмет побијања, као свака друга одлука.⁴⁵

Према томе, судска пракса привредних судова у значајној мери допуњава и разјашњава одредбе ЗОПД о побојности одлука скупштине привредног друштва, посебно када је реч о условима за ваљаност одлуке скупштине (нпр. неприсуствовање покретача спора доношењу одлуке на скупштини по сопственом избору не значи да је он био онемогућен), права искљученог члана друштва с ограниченом одговорношћу да оспорава одлуку у чијем доношењу није могао да учествује, разграничењу случајева ништавости и побојности одлука скупштине привредног друштва, те о домашајима дејства поништене одлуке према члановима друштва, односно савесним трећим лицима.

IV Искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу

За искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу, ЗОПД предвиђа две могућности: искључење одлуком скупштине друштва, по одредби члана 195 ЗОПД, и искључење одлуком суда, по одредби члана 196 ЗОПД.

Члан 195 ст 1 ЗОПД одређује да у случају из члана 48 став 7 ЗОПД, скупштина одлуку о искључењу члана друштва с ограниченом одговорношћу доноси двотрећинском већином гласова преосталих чланова, осим ако је оснивачким актом одређена друга већина. То се дешава када неки члан у додатном року не уплати, односно не унесе свој улог у привредно друштво. У новијој одлуци ПАС наводи се да одлуком скупштине друштва њен члан може да се искључи само када не извршава своје обавезе у погледу уплате, односно уношења улога ни у накнадно остављеном року.⁴⁶ У том случају друштво је донело одлуку

45 Одлука Привредног апелационог суда, Пж 3310/15 од 9. 12. 2015. године, видети у *Билџен ПАС*, бр. 2–3/2016, 72. Суд додаје да одлука скупштине друштва о усвајању извештаја о ванредној ревизији може бити предмет побијања у парничном поступку, и у ситуацији када је суд у ванпарничном поступку одредио спровођење ванредне ревизије и именовано ревизора.

46 Из решења Привредног апелационог суда, Пж. 541/13 од 24. 1. 2013, *Билџен ПАС*, бр. 4/2013, 112–113. Став да одлуком скупштине друштва може да се искључи члан друштва само у ситуацији када члан друштва не извршава своје обавезе у погледу уплате, односно уношења улога потврђује се и у Одговорима на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 3. 11. 2015, 4. 11. 2015. и 26. 11. 2015. године. Видети у *Билџен ПАС*, бр. 4/2015, питање бр. 13, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

о искључењу члана друштва иако се није радило о неизвршењу уплате, односно уношења улога као разлогу за искључење, па је суд забранио спровођење и извршење одлуке с обзиром на одредбу члана 377 ЗОПД.⁴⁷

По члану 195 ст. 2 ЗОПД одлука из члана 195 ст. 1 ЗОПД може се донети само у односу на све чланове друштва који нису извршили своју обавезу из члана 46 ст. 1 ЗОПД ни у накнадно остављеном року из члана 48 ст. 1 и 2 ЗОПД. У том смислу, одлука о искључењу члана неће бити важећа ако члану није одређен рок да испуни своју обавезу уплате, односно уношења улога.⁴⁸

По одредби члана 195 ст. 3 ЗОПД искључењем члана друштва његов удео постаје сопствени удео друштва, а искључени члан нема право на накнаду. То се цитира и у новијој пракси ПАС.⁴⁹ Наведено се потврђује и у одговорима на питања привредних судова који су утврђени на седници ОПС ПАС.⁵⁰

По члану 195 ст. 4 ЗОПД, одлука из става 1 тог члана је основ за брисање искљученог члана из регистра привредних субјеката. То се потврђује у цитираном новијем случају, као и ранијем решењу ПАС.⁵¹ Притом по члану 195 ст. 5 ЗОПД искључени члан остаје у обавези да уплати односно унесе уписани улог и изврши додатне уплате на које је био обавезан, ако је то неопходно за намирење поверилаца друштва. То потврђује ПАС,⁵² позивајући се на члан 195. ст. 4 и 5 ЗОПД. Стога се члану, који је искључен одлуком скупштине, мора омогућити вођење поступка пред судом ради испитивања законитости и правилности такве одлуке скупштине друштва са ограниченом одговорношћу.

По члану 196 ст. 1 ЗОПД, везано за искључење одлуком суда, друштво с ограниченом одговорношћу може тужбом надлежном суду захтевати искључење члана, из разлога одређених оснивачким актом

47 Том се одредбом дефинишу последице поднете тужбе за побијање одлуке.

48 Видети такође решење Привредног апелационог суда, Пж. 541/13 од 24. 1. 2013, *Билџен ПАС*, бр. 4/2013, 112–113.

49 Решење Привредног апелационог суда, Пж 4032/2015 од 23. 7. 2015. године, *Билџен ПАС*, бр. 1/2016, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

50 Видети у већ цитираним Одговорима и питањима, *Билџен ПАС*, бр. 4/2015, питање бр. 13, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

51 Решење Привредног апелационог суда, Пж 4032/2015 од 23.7.2015. године, *Билџен ПАС*, бр. 1/2016, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017; раније решење Привредног апелационог суда, Пж. 541/13 од 24. 1. 2013, *Билџен ПАС*, бр. 4/2013, 113.

52 Видети решење Привредног апелационог суда, Пж 4032/2015 од 23. 7. 2015. године, *Билџен ПАС*, бр. 1/2016, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

или из других оправданих разлога, а нарочито ако он: 1) намерно или грубом непажњом проузрокује штету друштву; 2) не извршава посебне дужности према друштву прописане овим законом или оснивачким актом; 3) својим радњама или пропуштањем, противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва.

У новијој одлуци ПАС истиче се да је у тужби за искључење члана друштва неопходно тачно навести радње тог члана, које у смислу члана 196 ЗОПД представљају намеру или грубу непажњу којом се наноси штета друштву и крше обавезе члана према друштву.⁵³ Како такве разлоге тужилац није изнео у одлуци коју је донео на седници скупштине друштва ни у тужби, суд је сматрао да он није доказао да постоје услови за искључење туженог као члана друштва. Тај став се потврђује и у одговору на питање са Двадесеттрећег саветовања судија привредних судија Републике Србије.⁵⁴

По питању правне последице поступка пред судом, полазећи од члана 196 ст. 1 ЗОПД, који прописује право друштва на подношење тужбе за искључење члана друштва, одлучивање у парничном поступку се своди на оцену да ли је у конкретном случају основан захтев за искључење члана друштва. Ако јесте, одлуком суда се искључује члан друштва, а правноснажна судска одлука је основ за брисање члана друштва из регистра привредних друштава и упис друштва као власника удела брисаног члана друштва.⁵⁵ По члану 196 ст. 2 ЗОПД одлуку

53 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 3533/2014 од 23. 4. 2015. године, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017. Тужилац је код тужбе којом је тражио искључење туженог као члана друштва морао да наведе тачно одређене радње за које сматра да као такве представљају намерне или грубу непажњу којом се проузрокује штета друштву, односно да наведе дужности које је тужени имао према друштву, а које није извршавао и радње или пропуштања које су спречиле или знатно отежале пословање друштва.

54 У одговору на питање да ли одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу о покретању поступка за искључење члана у смислу члана 196. ЗОПД и давању овлашћења пуномоћнику да исти покрене мора да садржи изричиту радњу која је узрок искључења, а не само позивање на законске одредбе, истиче се да по члану 196. ЗОПД друштво може тужбом надлежном суду захтевати искључење члана друштва из разлога одређених оснивачким актом, или из других оправданих разлога, а нарочито ако члан друштва намерно или грубом непажњом проузрокује штету друштву, не извршава посебне дужности према друштву прописане законом или оснивачким актом, или својим радњама или пропуштањем противно оснивачком акту или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва. Видети у Привредни апелациони суд, Двадесеттреће саветовање судија привредних судија Републике Србије, Златибор, септембар 2015, *Билтен ПАС*, бр. 2–3/2015, 84.

55 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3. 11. 2015, 4. 11.

о подношењу тужбе из ст. 1 доноси скупштина већином гласова присутних чланова, осим ако је оснивачким актом одређена већа већина. На питање може ли одлуку о подношењу тужбе из члана 196 ст. 1 ЗОПД ради искључења члана донети други члан у функцији скупштине двочланог друштва, где чланови имају једнаке уделе, а одлуке се према оснивачком акту доносе сагласношћу оба члана, ОПС ПАС одговара да скупштину чини други члан, јер члан који се искључује не може учествовати у гласању.⁵⁶

Предуслов за подношење тужбе за искључење члана је одлука, коју доноси скупштина, већином гласова присутних чланова, сем ако је оснивачким актом одређена већа већина. Овом одлуком скупштине,⁵⁷ не одлучује се о статусу члана друштва, већ о подношењу тужбе за искључење члана друштва пред надлежним судом. Иако би расправљање на скупштини, подразумевало и расправљање о разлозима за такво поступање, у самој одлуци о подношењу тужбе за искључење, такви разлози не морају бити изричито наведени. Одлука скупштине је процесна претпоставка за вођење парничног поступка по тужби коју подноси заступник у име друштва, а о основаности разлога за искључење, који су били повод доношења одлуке о подношењу тужбе за искључење, ће се расправљати и одлучивати у парничном поступку.⁵⁸ Доведе ли се то у везу с изнетим да се у одлуци скупштине о подношењу тужбе не морају навести разлози за искључење, значи да одлука о подношењу тужбе за искључење члана не мора да садржи разлоге за искључење, али тужба мора да их садржи.

На питање, да ли се тужба поднета по члану 196 ст. 2 ЗОПД одбацује или се одбија тужбени захтев ако нема одлуке друштва о подношењу тужбе ради искључења члана, одговор је да је одлука скупштине о подношењу тужбе посебна процесна претпоставка – услов за дозвољеност тужбе, а не питање активне легитимације, које се не може ни поставити, јер је у овим споровима увек и само активно легитимисано друштво, а пасивно легитимисан члан чије се искључење тражи. Без одлуке скупштине парнице о искључењу не би смело ни бити. Одлуку

2015. и 26. 11. 2015. године, *Билџен ПАС*, бр. 4/2015, питање бр. 12, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

56 Видети и одговор на питање Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда 26. 11. 2014, *Билџен ПАС*, 4/14, 65–66, питање 6, 177. При томе се упућује на одредбу члана 214 ст. 1 тач. 2 ЗОПД.

57 За разлику од одлуке скупштине друштва из члана 195 ЗОПД.

58 Видети у Одговорима на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3. 11. 2015, 4. 11. 2015. и 26. 11. 2015. године, *Билџен ПАС*, бр. 4/2015, питање бр. 11, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

скупштине о подношењу тужбе треба третирати као законом прописано овлашћење заступника да покрене парницу, у смислу чланова 293 и 80 Закона о парничном поступку, па изостанак такве одлуке скупштине пре подношења тужбе, води одбацивању тужбе у смислу члана 80 ст. 5 тог Закона.⁵⁹

По члану 196 ст. 3 ЗОПД, на захтев друштва суд може одредити привремену меру суспензије права гласа члана друштва чије се искључење тражи, као и његових других права или привремену меру увођења принудне управе у друштво, ако нађе да је то нужно и оправдано ради спречавања настанка штете за друштво. ОПС ПАС констатује да суд није везан предлогом принудног управника, јер сам оцењује његову независност и стручност да привремено управља друштвом. Ипак он мора испуњавати све услове стручне спреме предвиђене акти-ма друштва.⁶⁰

У материји искључења члана нешто је мање судске праксе везано за побијање одлука скупштине привредног друштва, али се то у одређеној мери надомешта одговорима ОПС ПАС, који доприносе бољем разумевању законских решења и начина на који судови тумаче релеватне законске одредбе. То се посебно односи на судбину удела искљученог члана по основу члана 195 ЗОПД; те одлуку као основу за брисање члана из регистра, право члана да покрене поступак преиспитивања одлуке о искључењу, обавезу прецизног навођења радњи због којих се члан искључује из друштва, право другог члана да сам донесе одлуку у случају двочланог друштва са једнаким уделитема чланова, као и правну природу одлуке скупштине друштва која је претпоставка за искључење члана, све по основу члана 196 ЗОПД.

V Закључак

Пракса привредних судова у примени ЗОПД, релативно је скромна. Да би се сагледало како се у њој разумеју поједине његове одредбе, од помоћи је праћење ставова ОПС ПАС, које даје одговоре на практична питања и помаже да се уједначи пракса привредних судова, али и привредним субјектима и свим заинтересованим лицима да доносе исправне одлуке када предузимају одређене активности или покрећу

59 Видети у Одговорима на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26. 11. 2014. и 27. 11. 2014. године, *Билџен ПАС*, бр. 4/2014, питање бр. 11, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10. 3. 2017.

60 Видети у одговору на питање Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда 2. 6 11. 2014, *Билџен ПАС*, 4/14, 65–66, питање 7, 179.

одговарајуће поступке. Само ради појашњења дотицана је и пракса привредних судова у примени ранијег закона о привредним друштвима, односно закона о регистрацији привредних друштава.

У погледу ништавости оснивачких аката привредног друштва, праксе привредних судова у примени чланова 13 и 14 ЗОПД практично нема. То је разумљиво обзиром да се регистрација привредних друштава одвија при органу управе, па се пред АПР и Министром привреде спорна питања у значајној мери решавају без обраћања привредним судовима, а потом може да се покрене и управни спор пред Управним судом. Увид у примену ЗОПД пред Управним судом по управним споровима отвара нова питања, која нису предмет овог рада. Ипак, у раду се поводом недостатка праксе дотичу и други узроци необраћања привредних субјеката привредним судовима поводом ништавости оснивачког акта, односно оснивања привредних друштава, као што су лимитирани круг лица која могу да се обрате суду по ЗОПД, те стављање у први план недостајуће форме акта као основа за његово оглашавање ништавим.

У вези побојности одлука скупштине привредног друштва по основу члана 376 ЗОПД, може се констатовати да се пракса привредних судова најчешће односи на питања активне легитимације, посебно у ситуацији када члан скупштине то престане да буде у време доношења одлуке, као и на разјашњавање разлике између ништавих и побојних одлука, те питање дејства поништаја одлуке на чланове привредног друштва и трећа лица.

По питању искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу, пракса привредних судова по одредби члана 195 ЗОПД концентрисана је на то да се одлуке скупштине о искључењу члана могу донети само због неуплате, односно неуношења улога, када удео тог члана постаје сопствени удео друштва. У погледу примене члана 196 ЗОПД у пракси привредних судова расправља се о обавези прецизирања у тужби оних радњи туженика које доводе до искључења члана друштва, потребној већини за доношење одлуке о покретању судског поступка и њеном преиспитивању, те чињеници да је одлука о покретању поступка процесна претпоставка.

То што привредни судови не решавају спорна питања током поступка регистрације привредних друштава већ то чине АПР и Министар привреде наглашава улогу јавне администрације и ограничава материје у којима се покрећу поступци пред привредним судовима ради примене ЗОПД у пракси. Наведено утиче на бројност спорова који се односе на право привредних друштава. Додатна ограничења произлазе и из лимитираног круга лица која могу да покрећу спор у праву привредних друштава, али и неповерења оних који су легитимисани

да покрену спор пред привредним судовима у изгледе да им они пруже одговарајућу заштиту. У таквој ситуацији, а у недостатку судске праксе, од помоћи практичарима су залагања ОПС ПАС кроз одговоре на актуелна питања, али тешко да то може квалитетно да замени обимнију праксу примене ЗОПД. А њена скромност сведочи да ваља нешто системски предузети да би привредни судови заузели одговарајуће место, а судској функцији се вратили прерогативи које је у случају примене ЗОПД заузела јавна управа.

Branislav MALAGURSKI, PhD

Associate Professor at the Faculty for European Legal and Political Studies, University of EDUCONS, Novi Sad

THE LAW ON COMPANIES IN PRACTICE OF COMMERCIAL COURTS – SOME SELECTED QUESTIONS

Summary

This article overviews the practice of commercial courts in application of the Law on companies, with focus on questions of declaration of nullity of articles of incorporation, the nullity of decisions of company's assembly, and the exclusion of the member of the limited liability company. Reviewing the practice of commercial courts, in the first line the Commercial court of appeal, and presenting how certain provisions of the Law on companies is tackled by commercial courts, it pays attention to the fact that the limited number of decisions of commercial courts in this matter is the consequence of emphasized role of public administration in the proces of registration of companies, lack of adequate control mechanisms, as well as the availability of courts of justice to wider circle of companies to initiate disputes resolution.

Key words: *practice of commercial courts, Law on companies, the nullity of foundation act, the declaration of nullity of assembly decisions, the exclusion of the founder.*

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Ђорђе ВИЋИЋ

студент четврте године основних академских студија
Правног факултета Универзитета у Београду

УТИЦАЈ ПРАВИЛА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ НА САОСИГУРАЊЕ

Резиме

У овом раду аутор разматра утицај правила о заштити конкуренције на саосигурање.

У првом делу рада аутор се бави прописима о заштити конкуренције у РС. У другом делу, фокус је стављен на појам саосигурања уз указивање на његове бројне специфичности и значај. Затим аутор разматра како је уређен однос осигурања и правила о заштити конкуренције на нивоу ЕУ. На крају је дао крајњак осврт на положај Комисије за заштиту конкуренције која је у РС задужена за ишњавања заштите конкуренције.

Циљ рада је да скрене пажњу на значај саосигурања за привреду једне земље и да укаже на потребу постављања законодавног оквира који неће савијавати делатности саосигурања, али који ће истовремено омогућити „фер надметање“ учесника на тржишту.

Кључне речи: *прописи о заштити конкуренције, ризик, осигурање, саосигурање, право ЕУ, Комисија за заштиту конкуренције.*

I Увод

Конкуренција представља надметање играча у тржишној утакмици. Привредни субјекти теже да максимизују свој профит тако што ће бити успешнији у односу на друге (на што бољи начин одговорити на потребе купаца/потрошача, понудити нови производ, понудити при истој цени квалитетнији производ...)¹ Надметање ствара конкурентски притисак који осећају сви учесници. Да би опстали на тржишту конкуренти морају стално да улажу већи напор да би побољшали сопствену економску ефикасност. Овај аспект конкуренције је свакако пожељан са становишта друштва у целини. Међутим, управо присиљавање конкурената да улажу стално све већи напор представља појаву коју они настоје да избегну. Овде наилазимо на разлог постојања правила којима се штити конкуренција будући да постоје учесници на тржишту којима не одговара „фер такмичење“ и који ће уложити напор да наруше конкуренцију и на тај начин себи обезбеде повољнију позицију.² Управо зато што фер и ненарушена конкуренција учесника на тржишту доводи до конкурентског притиска који поспешује економску ефикасност привреде једне земље, национална тела за заштиту конкуренције морају да располажу надлежностима и овлашћењима која су неопходна за остваривање такве конкуренције.³

Закон о осигурању у чл 2 ст. 2 дефинише послове осигурања као „закључивање и извршавање уговора о осигурању и предузимање мера за спречавање и сузбијање ризика који угрожавају осигурану имовину и лица.“⁴ Дакле, осигурање представља форму управљања ризиком која се користи за ограничење потенцијалних губитака. Осигурањем се врши пренос ризика од губитка са једног ентитета на други, у замену за премију или гарантовани, мерљиви губитак којим се спречава већи или могућ ненадокнадив губитак. Осигурање је удруживање ризика случајних губитака трансферисањем таквих ризика на осигураваче, који су сагласни да обештете осигуранике за такве губитке, обезбеде друге новчане користи када се штете појаве, или да пружају услуге повезане са таквим ризицима.

Разликовање делатности осигурања од осталих привредних делатности је очигледно. То видимо приликом оснивања осигуравајућих

- 1 Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012, 22–24.
- 2 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2012, 16.
- 3 Сунчица Ђорђевић, „Сарадња у области осигурања уз поштовање прописа о заштити конкуренције – жељени циљ“, *СорС*, 2015, 278.
- 4 Закон о осигурању – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. закон, чл 2 ст. 2.

друштва које је праћено прописивањем одговарајуће форме привредног друштва, захтевима за минимални капитал, као и обавезом добијања дозволе од надлежног органа, као и самом природом уговора о осигурању. Уговор о осигурању представља алеаторан уговор, извршење обавезе осигуравача зависи од настанка неизвесне околности, осигураног случаја. Управо та неизвесност око настанка и последица осигураног случаја доводи до тешкоћа приликом адекватне процене износа премија и резерви потребних за извршење обавезе осигуравача.⁵ Ризик инсолвентности осигуравача је мањи уколико премије буду одређене помоћу података и искуства која имају и остали осигуравачи. Иако споразумима о сарадњи између друштава за осигурање постоји опасност да конкуренција буде нарушена, постоје позитивни ефекти који користе и осигуравачима и осигураницима. Сарадњом се подиже квалитет производа ових друштава. Штавише, кроз међусобну сарадњу је могуће понудити осигурање ванредних ризика путем саосигурања, што представља највидљивији пример позитивних ефеката будући да до овог вида осигурања не би ни дошло да није постојала сарадња.⁶

Дакле, савим је јасно да је неопходна интензивна и хоризонтална сарадња да би се обезбедило исправно и несметано функционисање тржишта. Иако нарушавају конкуренцију, коначни ефекти одређених споразума доводе до повећања друштвеног благостања, па самим тим не треба да буду забрањени.⁷

Осигуравачи заступају став да се овај сектор изузме од правила о заштити конкуренције имајући у виду комплексност услова пословања са којима се они суочавају. Поред тога сам сектор осигурања је регулисан многим прописима којима се већ ограничавају многи аспекти њиховог пословања (контрола цена/премија/тарифа, методе обрачуна премија...), па се додатно ограничавање путем правила о заштити конкуренције чини сасвим излишним и нецелисходним. Међутим, потребно је узети у обзир и значај осигурања у економији сваке државе који упућује на то да делатност осигурања мора бити предмет права конкуренције. Евентуални поремећаји до којих би могло да дође нарушавањем конкуренције могу проузроковати штету не само за поједине потрошаче, већ и за читаво друштво.⁸

Европска комисија је у више наврата прихватила становиште да сарадња у области осигурања може повећати ефикасност, на пример код

5 Зоран Томић, Наташа Петровић-Томић, „Нарушавања конкуренције у осигурању рестриктивном споразумима“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, 15.

6 С. Ђорђевић, 249.

7 *Ibid*, 251.

8 Fabian Stancke „EU Competition Rules in the Insurance Sector“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 123.

бољег схватања посебности одређених ризика, а нарочито у случајевима дељења ванредних ризика (саосигурања). Међутим, треба бити обазрив и не искључити сектор осигурања од примене мера за заштиту конкуренције, будући да је могуће да сарадња наруши конкуренцију и пређе ниво који је потребан да се повећа ефикасност.⁹ Дакле, неопходно је сагледати како правне, тако и економске аспекте осигурања, али треба узети и оквире заштите конкуренције у сваком појединачном случају и на тај начин донети адекватну одлуку.

II Прописи о заштити конкуренције

1. Позитивно законодавство

Србија је 2009. године добила нови закон по узору на европско законодавство, а његовом изменом из 2013. су извршена додатна потребна усклађивања са правом ЕУ. Закон о заштити конкуренције (ЗЗК) у члану 9. дефинише повреду конкуренције као „акте и радње учесника на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције“.¹⁰ Дакле, то могу бити рестриктивни споразуми, злоупотреба доминантног положаја, концентрације (спроведене, без претходног одобрења, а којима се значајно спречава, ограничава и нарушава конкуренција, а нарочито ствара и јача доминантан положај). У Србији је законодавство које се тиче заштите конкуренције у фази настанка, те се чини разумним да европско законодавство послужи као узор домаћем. Поред тога, Србија је Споразумом о стабилизацији и придруживању (ССП) преузела обавезу да усклади своје прописе са прописима ЕУ. Угледање на право ЕУ неретко представља дословно преписивање одређених чланова уредби, што може да проузрокује велике проблеме у пракси. На тај начин се ствара тешка ситуација за Комисију за заштиту конкуренције која мора да се избори са нејасним правним стандардима и непрецизним законским нормама, будући да нема развијене судске праксе која би дала смернице, као што је то случај у земљама ЕУ.¹¹

Решења која садржи домаћи закон треба да одговарају како стању правне свести, тако и стању у домаћој привреди. Потребно је да држава својим прописима омогући привредним субјектима привредно окружење које ће бити лишено регулаторних ризика.¹²

9 С. Ђорђевић, 251.

10 Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 9.

11 З. Томић, Н. Петровић-Томић, 22.

12 Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2009, 52.

2. Рестриктивни споразуми

У области осигурања доминантни су рестриктивни споразуми чију дефиницију налазимо у члану 10. ЗЗК који под рестриктивним споразумима подразумева „споразуме између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање, конкуренције на територији Републике Србије. Рестриктивни споразуми могу бити уговори, поједине одредбе уговора, изричито или прећутни договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту.“ Треба нагласити да је ова дефиниција преузета из европског законодавства. Постављена је доста широко како би објединила све случајеве који могу да доведу до повреде конкуренције. Најпроблематичнији део дефиниције представља одређивање усаглашене праксе и облика удруживања учесника на тржишту. Термин усаглашена пракса је уведен са циљем да се санкционише сваки облик повреде конкуренције, међутим неспорно је да овако неодређен појам може да изазове потешкоће у примени, будући да је његово постојање јако тешко доказати (постоји нешто више од пуког паралелизма у понашању, а нема изричитог нити прећутног договора). Одлуке облика удруживања учесника на тржишту могу послужити као параван за прикривање рестриктивног споразума (учесници се могу правдати да су поступали у складу са одлуком или препоруком самог удружења).¹³

Опште правило је да су рестриктивни споразуми забрањени и ништави, осим у случајевима изузећа од забране у складу са Законом о заштити конкуренције.¹⁴ У члану 11 ЗЗК законодавац поставља „законску једначину“ да би се утврдило када ће рестриктивни споразуми бити пуноважни. Дакле „рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране, уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи, под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу.“¹⁵ Ова четири услова морају кумулативно да буду испуњена да би до изузећа од забране могло да дође. Међутим, потребно је нагласити да се на овај начин учесницима на тржишту ствара одређена несигурност будући да у моменту склапања таквих споразума учесницима није јасно да ли, следствено законској дефиницији, добре

13 Б. Беговић, В. Павић (2012), 61–64.

14 ЗЗК, чл. 10 ст. 3.

15 ЗЗК, чл. 11.

стране њиховог споразума надилазе лоше. То разликовање је јако битно јер од њега зависи да ли ће споразум *ex lege* бити забрањен и ништав, уз опасност од изрицања новчане казне. Овај проблем је законодавац увидео и зато увео категорију изузећа које може бити колективно (блок) или појединачно.¹⁶

3. Колективно и појединачно изузеће

Колективно, односно изузеће од забране по категоријама, представља ситуацију када овлашћено тело (Влада Републике Србије) идентификује категорије рестриктивних споразума који испуњавају услове постављене у „законску једначину“. Код таквих категорија рестриктивних споразума позитивни ефекти, по правилу, надмашују негативне. Влада својом уредбом одређује које су то категорије споразума, наводећи их у листи, а уз то наводи и евентуалне додатне услове који морају да буду испуњени да би до изузимања дошло, као и максималан рок на који се такви споразуми изузимају.¹⁷ Међутим, иако се одређени споразум налази на листи изузетих то не мора да значи да ће коначно и бити изузет од забране. Без обзира што би тај споразум у начелу требало изузети, он ће остати ништав ако на релевантном тржишту постоји више таквих хоризонталних споразума који због кумулативног ефекта не испуњавају услове за изузеће од забране из члана 11 Закона („законска једначина“).¹⁸ Ово овлашћење Комисији за заштиту конкуренције је подарено будући да га поседује и Европска комисија. Поред тога што овај институт уноси одређену дозу правне несигурности, њега треба задржати јер је погодан за изузимање типичних споразума код којих је извесно да позитивни ефекти превазилазе негативне, што је последица саме врсте споразума, а не околности на тржишту под којима је закључен.¹⁹ Треба напоменути да Влада РС још није донела уредбу која би се тицала колективног изузећа споразума у домену осигурања, иако је за то преузела обавезу.

Појединачно изузеће од забране је дефинисано чланом 12 ЗЗК који предвиђа могућност да на захтев учесника у рестриктивном споразуму, Комисија за заштиту конкуренције може поједини споразум изузети од забране. Да би се то и догодило подносилац захтева мора да докаже да су испуњени услови из члана 11 ЗЗК. Законодавац „неспретно“ дефинише да изузеће не може бити дато на период дужи од

16 Беговић, В. Павић (2012), 65.

17 ЗЗК, чл. 13.

18 Беговић, В. Павић (2012), 66.

19 *Ibid*, 68.

осам година, па остаје нејасно да ли се тај период односи на максималан рок за изузимање потенцијално рестриктивног споразума или је то рок који се односи на само појединачно изузеће.²⁰ Ова могућност постоји и у европском праву, с тим што је модификована, јер је стизао велики број захтева Европској комисији за појединачно изузеће што је успоравало њен рад. Сада се од Комисије може затражити неформално мишљење да ли планирани/склопљени споразум повређује правила о заштити конкуренције или не.

III Саосигурање

1. Ризик

У научним круговима постоје различита значења појма ризика. Из економског угла гледано ризик представља варијабилитет исхода неког неизвесног догађаја. Ризик се најчешће дефинише као стање неизвесности, то је будући²¹ неизвестан догађај чијим остварењем постоји могућност наступања штете, али и користи.²² С обзиром на то да се од ризика не може побећи, човечанство се окренуло проналажењу „суживота“, коезистенције, са том неизвесношћу.²³

Ризик можемо сагледати из различитих аспеката. За осигураника, у основи, постоји потреба да се заштити од остварења ризика, он жели да створи дозу сигурности као противтежу непредвидљивости коју живот доноси. Када је у питању осигуравач говоримо о самој делатности осигурања. Осигуравач се понаша као сваки други привредни субјект који настоји да оствари што већу добит при обављању своје делатности. За остварење свог циља потребно је да исправно процени ризик, а такође и да успешно управља њиме. Управљање ризиком представља његову обраду, која се састоји из три основне компоненте:

- 1) идентификација и оцена ризика;
- 2) избор и примена метода управљања ризиком;
- 3) надзор над резултатима примењеног метода.²⁴

20 ЗЗК, чл. 13.

21 Уколико се ради о тзв. путативним ризицима могуће је одступање од правила да ризик представља будући догађај.

22 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, 83.

23 Јован Славнић, „Уговор осигуратеља о заједничком сношењу и расподјели ризика путем суосигурања и његово спровођење“, *Правни животи*, бр. 11–12/1993, 213.

24 Harold Skipper, Jean Kwon, *Risk management and insurance*, Blackwell publishing, 2007, 632.

Најзначајнији од ових елемента свакако представља избор одговарајућих метода управљања будући да он мора бити заснован на одговарајућој доброј процени. Заштита осигуравача од ризика, пре свега, зависи од правилне процене и деобе ризика која је условљена односом између бонитета осигуравача и величине ризика. Наиме, уколико би величина ризика била толика да може да угрози бонитет осигуравача, осигуравач ће прибећи повећању свог бонитета. Један од начина да то уради је саосигурање.²⁵

Статистичким израчунавањем може се предвидети правилност појављивања ризика како у времену, тако и у простору. Наиме, да би осигуравач могао успешно да послује неопходно је да постоји просторно и временско изравнавање ризика, односно стварање довољно средстава којима ће се покрити обавезе тог осигурача у случају остварења ризика.²⁶ Услови који омогућавају лакше покривање ризика, представљају чињенице које су усмерене на стварање широке заједнице ризика са што више објеката који су изложени истим или сличним ризицима, а поред тога треба посматрати и период покрића ризика (период на који је закључен уговор о осигурању). Временско изравнавање ризика ће бити лакше што је дужи период покрића.²⁷

Већ је било речи о непредвидљивости ризика, међутим, треба додати да се у задњих 30 година бележи низ штетних догађаја у којима је штета била изузетно велика. Земљотрес у Сан Франциску и оркан Хуго 1989. године проузроковали су штету од шест милијарди долара. Уколико посматрамо штету која је проузрокована појединачним догађајима издвојићемо терористички напад 11. септембра 2001. када је рушењем Светског трговинског центра настала штета од преко 20 милијарди долара. Између 1970. и 1990. године, просечна годишња штета проузрокована катастрофама износила је око три милијарде долара годишње, док је у периоду од 1990. до 2004. године, прешла износ од 16 милијарди долара по једној години.²⁸

Евидентно је да се ризици умножавају, а да се штете које настају повећавају. Тиме се отвара питање како неутралисати те негативне појаве. Један од начина представља саосигурање којим се врши трансфер ризика на више осигуравајућих друштава.

25 Владимир Чоловић, „Контрола ризика и осигурање“, *Годишњак факултета правних наука*, бр. 2/2012, 128.

26 В. Чоловић, 130.

27 Небојша Жарковић, *Економика осигурања*, Београд, 2008, 46.

28 Н. Skipper, J. Kwon, 683.

2. Појам саосигурања

Постоје ризици које појединачни осигуравач не би могао да прими у покриће с обзиром да не би могао да покрије штетне последице настанка осигураног случаја, а да не угрози своју ликвидност и одржавање потребних резерви осигурања.²⁹ Ако желе да прихвате катастрофалне ризике,³⁰ да би били у стању да изврше своје обавезе, осигуравачи најчешће спроводе реосигурање или саосигурање, стварају резерве за катастрофалне губитке, настоје да постигну разуђеност осигураних објеката, ограничавају своте осигурања и слично. Саосигурање се, дакле, појављује у области осигурања имовине.

Закључењем уговора о осигурању, уговарач осигурања се обавезује да плаћа осигуравачу премију осигурања, а уколико се догоди осигурани случај, осигураник ће од осигуравача примити накнаду из осигурања, односно уговорени износ.³¹ Супротно, код саосигурања уговарач осигурања закључује уговор о осигурању са више осигуравача. Настаје уговорни однос у којем постоји множина субјеката на страни осигуравача. Више осигуравача, у погледу истог ризика и за исто време, преузима обавезу да ће осигуранику исплатити накнаду из осигурања, ако се догоди осигурани случај.³² „Кад је уговор о осигурању закључен са више осигуравача који су се споразумели о заједничком сношењу и расподели ризика, сваки осигуравач назначен у полиси осигурања одговара осигуранику за потпуну накнаду.“³³ Из законске дефиниције саосигурања коју налазимо у ЗОО закључујемо да је одговорност осигуравача солидарна. Закон о осигурању у чл. 2 ст. 3 наводи да „Послови саосигурања су закључивање и извршавање уговора о осигурању са више друштава за осигурање која су се споразумела о заједничком сношењу и расподели ризика“.³⁴ Дакле, имамо више осигуравача који,

29 З. Томић, Н. Петровић-Томић, 16.

30 Ради се о појединачној опасности која прети већој маси људи или имовине, чиме угрожава и финансијску снагу осигуравача. Код такве опасности не постоји редовно изравнање ризика деловањем закона великих бројева, већ, насупротив томе, што их је више, расте и могућност повећања обавезе осигуравача. Ту најчешће спадају природне непогоде, нпр. поплаве, земљотреси, олује, лавине, клизање гла, одрон земљишта и сл. као и већи пожари или експлозије у великим индустријским објектима, рушење путничког авиона са путницима, ратни, атомски ризици итд (<http://uos.rs/recnik-osiguranja/>).

31 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014, 171.

32 Ивица Јанковец, „Саосигурање као правни однос“, *Анали Правни факултети у Београду*, бр 1–4/1983, 358

33 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – *Уставна повеља*, чл. 935.

34 ЗОС, чл. 2 ст. 3.

заједнички, закључују уговор о осигурању и сразмерно носе ризик, односно сразмерно исплаћују уговорену суму ако дође до штете, односно осигураног случаја.

У теорији су присутна два становишта о природи обавезе саосигуравача према осигуранику. Прво, сматра се да постоји подељени дуговински однос, то значи да осигураник може да захтева од осигураника само део покрића који он сноси. Са друге стране, постоји становиште да су саосигураваачи солидарни дужници, те осигураник може да се обрати било коме од њих ради покрића целог износа штете која је настала осигураним случајем. Уколико један од саосигураваача исплати целокупну суму осигуранику, доћи ће до расподеле међу њима према споразуму који постоји између њих.³⁵

У нашем праву се саосигурање не дефинише на исти начин у случају транспортног осигурања и у осталим случајевима. Јасно је да је став изражен у чл. 935 ЗОО у складу са другим становиштем о солидарној одговорности што свакако представља за осигураника бољу опцију. Међутим, када је у питању транспортно осигурање решење садржано у члану 675 Закона о поморској и унутрашњој пловидби³⁶ јасно упућује на систем подељене одговорности саосигураваача.

Саосигурање, дакле, представља непосредну, хоризонталну дисперзију ризика између саосигураваача који индивидуално преузимају само свој део обавезе. Сваки од саосигураваача преузима свој део (квоту) осигуране суме или осигуране вредности. Уговор о саосигурању ствара „ланчану обавезу“ неколицине саосигураваача према једном истом осигуранику. Саосигурање, заправо, означава расподелу једног ризика на неколико делова које сваки осигураваач преузима у директно покриће из заједничког уговора или заједничке полисе осигурања. Најчешће је присутан водећи осигураваач, а то је онај саосигураваач који је покретач обавезе из осигурања, путем уговора о осигурању.³⁷

Водећи осигураваач преговара и закључује уговор у име свих осталих као њихов пуномоћник (обично на заједничкој полиси), а поред тога му остали саосигураваачи поверевају извршење обрачуна и наплате премије осигурања коју потом распоређује на остале саосигуравааче. Поред тога он прима изјаве о штети, исплаћује мање штете итд. Да није тако, у пракси би настале потешкоће, јер би уговарач осигурања мо-

35 П. Шулејић, 75.

36 Закон о поморској и унутрашњој пловидби, чл. 765. „Ако су у уговору о осигурању који је закључен са више осигураваача означени њихови посебни удели, сваки осигураваач је дужан да накнади штету само сразмерно свом уделу“.

37 Драган Мркшић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, Београд, 2006, 157.

рао да склапа уговоре о осигурању са сваким од бројних осигуравача, да свакоме од њих испуњава уговорене обавезе, захтева део осигуране своте уколико дође до осигураног случаја и сл. Међутим, без посебног овлашћења водећи саосигуравач не може да у име осталих даје изјаве о одустанку, раскиду или поравнању. Такође, ако осигураник подигне тужбу против водећег осигуравача она неће имати дејства према осталим ако о томе нема изричите клаузуле.

Треба нагласити да су осигуранику познати сви осигуравачи и њихови делови. Код уговора о саосигурању постоји самостална и независна обавеза сваког саосигуравача која је искључиво његова и не преноси се на остале. Сваки од њих се налази у непосредном односу са осигураником. Правни односи између појединих саосигуравача немају утицај на право осигураника.³⁸

Тешко је замислити да би поједини сектори привреде за које се везују велики ризици могли успешно да функционишу без осигурања (авио саобраћај, извођење грађевинских радова, нуклеарне електране...). Потреба за саосигурањем постоји и код узимања у покриће ризика који се везују за временске непогоде или опасност од терористичких напада када, као што смо видели, настала штета превазилази више милијарди долара. У оваквим случајевима долазимо до закључка да је одступање од правила о заштити конкуренције не само пожељно, већ и неопходно. Негативни ефекти евентуалног нарушавања конкуренције не могу да се пореде са штетом која би настала да до саосигурања уопште и не дође.

3. Разликовање од сличних појмова

Потребно је разликовати саосигурање од реосигурања,³⁹ а основну разлику представља чињеница да се реосигурањем врши вертикална расподела ризика (између осигуравача и реосигуравача), а саосигурањем хоризонтална (између појединих осигуравача). Код саосигурања осигуранику су познати сви саосигуравачи као и њихови удели, док је код реосигурања обрнуто. Осигураник обично и не зна за реосигуравача. Дакле, код саосигурања постоји сагласност осигураника о деоби ризика на више саосигуравача, а код реосигурања однос између осигураника и осигуравача је независан од односа осигуравача и реосигуравача. Оба ова начина изравнавања ризика су присутна и код нас, али реосигурање

38 П. Шулејић, 75.

39 ЗОС, чл. 2 ст. 4 каже да: „послови реосигурања су закључивање и извршавање уговора о реосигурању осигураног вишка ризика изнад самопридржаја једног друштва за осигурање код другог друштва за осигурање које је добило дозволу за обављање послова реосигурања“.

је далеко развијеније. Извесно је да саосигурање производи бројне позитивне ефекте, те се чини да њему тек предстоји развој код нас.⁴⁰

Неопходно је скренути пажњу и на следеће разликовање: саосигурање спада у вишеструко осигурање у ширем смислу, које представља однос који настаје када више осигуравача покрива исти ризик, исти предмет, исти интерес у исто време, тако да је осигураник у непосредном уговорном односу са сваким појединачним осигуравачем. Вишеструко осигурање у ужем смислу означава ситуацију која постоји када код вишеструког осигурања збир осигураних сума не прелази вредност осигураног интереса. Ако тај збир, ипак, прелази вредност осигураног интереса (збир свота осигурања прелази вредност осигуране ствари) говоримо о двоструком осигурању. Да би осигурања била пуноважна потребно је да уговарач осигурања није поступао несавесно приликом закључивања тих уговора.⁴¹

Саосигурање се од двоструког осигурања разликује по томе што код саосигурања постоји један уговор о осигурању између више саосигуравача и уговарача осигурања, док код двоструког постоји више самосталних уговора између више осигуравача и осигураника (при томе је могуће да поједини осигуравачи у тренутку закључења уговора не знају за остале уговоре). Дакле, сви саосигуравачи закључују један уговор са уговарачем осигурања, коме увек претходи споразум саосигуравача о заједничком учешћу у сношењу одређеног ризика или свих ризика одређене врсте. Поред поменуте разлике, саосигурање се од вишеструког осигурања разликује и по томе што збир осигураних сума такође прелази вредност интереса.

4. Начини на које може да буде организован однос између саосигуравача

Присутна су три начина на које може бити спроведено осигурање:

- 1) спорадично (*ad-hoc*) обављање осигурања;
- 2) саосигурање преко водећег осигуравача;
- 3) саосигурање у облику пула.

Ad-hoc обављање осигурања представља ситуацију када сваки саосигуравач непосредно комуницира са уговарачем осигурања, односно осигураником. Сваком од саосигуравача, у овом случају, уговарач осигурања ће посебно да плаћа премију, а уколико се догоди осигурани случај, сваки саосигуравач исплаћује осигуранику само свој део накнаде

40 П. Шулејић, 75.

41 ЗОО, чл. 934 ст. 2

из осигурања. Поред тога, приликом закључења уговора о осигурању уговарач осигурања мора да даје обавештење о околностима које су од значаја за оцену ризика, а такође мора свакога од њих да обавести уколико наступи промена тих околности за време трајања осигурања или ако се догоди осигурани случај. Јасно је да је овакав начин обављања осигурања веома компликован и да ствара знатне трошкове. Из тог разлога, он ће се ретко користити, изузев када више осигуравача споразумно преузима одређени ризик у саосигурање, али без изгледа да ће њихова сарадња бити настављена и у другим сличним пословима.⁴²

Да би се упростило обављање послова саосигурања, саосигуравачи одређују једног од њих, водећег осигуравача, да ступа у контакт са уговарачем осигурања, односно осигураником (о чему је већ било речи). Такође, више осигуравача може да се договори да ће, уколико један од њих прихвати понуду за закључење уговора о осигурању одређене врсте, у том послу учествовати и остали као саосигураваачи. Водећи осигуравач припрема полису осигурања, а у случају да има посебно дато овлашћење може и да потпише полису у име свих саосигуравача. Треба нагласити да висина удела у ризику који је преузет у саосигурање није битна за поседовање својства водећег осигуравача. Однос између саосигуравача се регулише споразумом саосигуравача о заједничком учешћу у одређеној области ризика. У земљама у којима је развијен систем саосигурања постоје многа обичајна правила о правима и дужностима водећег осигуравача према осталим саосигуравачима.⁴³

На крају, потребно је навести да обављање послова саосигурања може да буде организовано и преко стварања пула (конзорцијума) за саосигурање. Пул се дефинише као организациони облик удруживања саосигуравача ради трајног заједничког обављања послова осигурања за одређене врсте. Присутне су две врсте оваквих пулова: пулови без својства правног лица и пулови са својством правног лица. Без обзира на то да ли има или нема својство правног лица, пул настаје закључењем споразума између друштава за осигурање која су заинтересована за заједничко обављање послова саосигурања. Тим споразумом су уређена сва значајна питања за функционисање пула као што су делатност, управљање, финансирање... Уколико пул нема својство правног лица осигураваачи поверавају једном од њих да у име и за рачун свих осталих закључује уговоре о осигурању одређене врсте или је могуће да такво овлашћење имају сви чланови пула. Остали чланови пула, са одређеним уделитема, учествују аутоматски у сваком закљученом уговору. Ако постоји пул са својством правног лица он иступа као заступник

42 И. Јанковец, 362.

43 Ј. Славнић, 223.

својих чланова и закључује уговоре о осигурању у име и за рачун свих чланова. Важно је нагласити да пул не сноси никакав удео у ризицима који су примљени у осигурање, те он и не располаже средствима резерви сигурности.⁴⁴

IV Право заштите конкуренције у сектору осигурања у ЕУ

Развој заштите конкуренције у европском праву је ишао у корак са покушајима стварања јединственог тржишта осигурања. Иако су улагани значајни напори да се развије јединствено тржиште за ове финансијске услуге, тржишта осигурања у највећем делу остају национална, односно, у оквиру појединачних земаља чланица ЕУ. Имплементирани су различите директиве које се тичу делатности осигурања, а све са циљем креирања јединственог система који би подстицао интеграцију финансијског тржишта. Дакле, настоји се на промовисању прекограничних активности и ширењу конкуренције.⁴⁵ Европска комисија је од свог оснивања тврдила да се делатност осигурања налази под правилима о заштити конкуренције што је у супротности са мишљењем већине осигураваача. Европски суд правде је током осамдесетих година XX века потврдио ово становиште Комисије, међутим, Суд је поред тога увидео и неопходност сарадње у овој области. Овакав став Суда резултирао је наметањем дужности Комисији да одобрава појединачна изузећа.⁴⁶ Први примери појединачних изузећа су били везани за случајеве *Verband der Sachversicherer*⁴⁷ и *Nuovo Cegam*.⁴⁸

Европска комисија је разматрала да ли би саосигурањем дошло до повећања друштвеног благостања, односно до рационализације трошкова и уштеда за учеснике на тржишту. Утврђено је да одобравањем сарадње у виду саосигурања могу да настану користи за крајње потрошаче. Поред тога, кроз пулове учесници на тржишту могу да унапреде знања о ризику, као и технике за правилну процену ризика. Неспорно је да у погледу оваквих видова сарадње мора да постоји могућност изузимања од примене правила о заштити конкуренције.

Све док Уредба (*Block exemption regulation – BER*)⁴⁹ која се тиче групног изузећа у делатности осигурања није почела са применом 1992.

44 И. Јанковец, 367.

45 Andrea Lista, *EU competition law and the financial services sector*, Informa Law from Routledge, 2013, 381.

46 S. Ђорђевић, 254.

47 Case C-45/68 *Verband der Sacheversicherer* [1987].

48 *Nuovo CEGAM* [1984] OJ L99/29.

49 Уредба бр. 3932/92 (Commission Regulation (EEC) No 3932/92).

споразуми који су могли да се подведу под члан 101. TFEU-a⁵⁰ морали су да буду пријављени Комисији ради добијања појединачног изузећа. Уведена су, дакле, колективна (групна или блок) изузећа која се, између осталог, односе на споразуме о заједничком утврђивању тарифа премија заснованих на заједничким статистикама или заједничком утврђивању броја осигураних случајева, доношење типских услова осигурања, регулисање осигураних случајева, заједничко покриће одређених ризика итд. BER-ов допринос се огледа у томе што је на основу њега била дозвољена одређена пракса која би се иначе сматрала забрањеном и на тај начин је умањен број захтева за појединачна изузећа.⁵¹ Европска комисија је шест година након увођења Уредбе о групном изузећу објавила извештај о практичном утицају ове уредбе на тржиште и о проценама њене измене. Појавиле су се сумње у погледу дозвољености споразума о премијама. Уколико су се премије значајно разликовале узето је да то не доводи до нарушавања конкуренције.

Године 2003. Комисија доноси нову уредбу под бројем 358/2003⁵² која се тичала истих типова уговора као и претходна. Постављени су виши прагови за тржишне уделе код изузећа за пулове, а такође је дошло до измена на пољу услова за изузеће који су сужени („*absence of a series of clauses enshrined in a black list*“).⁵³

Након дугогодишње либералније политике у домену заштите конкуренције у сектору осигурања Комисија је на основу резултата из праксе закључила да је ипак потребно да заузме нешто рестриктивнији став. Најновија, а уједно и најрестриктивнија уредба донета је 2010. године под бројем 267/2010,⁵⁴ којом се од општег третмана забране рестриктивних споразума изузимају само две групе споразума. То су они који се тичу прикупљања и дистрибуције података, састављања табела и студија, као и споразуми о заједничком сношењу ризика. Сви остали споразуми остају изван изузећа, тако да се на њих примењују општа правила о заштити конкуренције (изложени су појединачним тумачењима члана 101. TFEU).⁵⁵

На захтев Европске комисије, *Ernst & Young* је израдио Студију о пуловима са(ре)осигурања и *ad-hoc* споразумима у сектору осигурања на територији ЕУ са циљем да се изврши детаљна анализа тржишта и преглед ових пулова широм ЕУ. Студијом је идентификовано 46 пулова

50 Уговор о функционисању ЕУ– Лисабонски уговор (the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)).

51 R.Whish, D. Bailey, 532.

52 Уредба бр. 358/2003 (Commission Regulation (EC) No 358/2003).

53 A. Lista, 381.

54 Уредба бр . 267/2010 (Commission Regulation (EU) No 267/2010).

55 З. Томић, Н. Петровић-Томић, 26.

у ЕУ, а предмет осигурања били су нуклеарни ризици, односно катастрофални ризици. Констатовано је да нема споразума или усаглашене праксе између учесника на тржишту који се односе на усклађивање премије између саосигуравача. Такође је утврђено је да се поштују принципи постављених од стране *VIPAR*-а (Међународног удружења посредника у осигурању), а већина испитаника је истакла да је примена *VIPAR* принципа одобрена националним прописима.⁵⁶

Узимајући у обзир чињеницу да је важећа Уредба рестриктивнија у односу на претходне две, односно да је смањен број споразума који се подводе под колективно изузеће, као и преиспитивање утицаја Уредбе на праксу, поставља се питање оправданости опстанка категорије групног изузећа у области осигурања. Чини се да би право решење било у задржавању групног изузећа, али само усмереног на пулове за заједничка осигурања од великих ризика. Оправданост групног изузећа се огледа у томе што би ти ризици остали без покрића у случају да нема саосигурања, јер појединачна друштва осигурања нису у могућности да их самостално покрију.

V Комисија за заштиту конкуренције

Комисија за заштиту конкуренције (Комисија) представља самосталну и независну организацију која врши јавна овлашћења – јавна агенција (регулаторно тело). Она је главни орган задужен за спровођење прописа којима се штити конкуренција. Комисија покреће поступак испитивања повреде конкуренције (по службеној дужности) када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података може основано да претпостави да постоји повреда конкуренције.⁵⁷ Заштита конкуренције, односно супростављање рестриктивним споразумима (до које долази и код саосигурања) представља деликатан и веома важан друштвени задатак.

Комисија може донети две врсте одлука, решење и закључак. Комисија доноси решење о повреди конкуренције, о одобрењу или забрани концентрације, као и у случају појединачног изузећа. Решење Комисије је коначно и против њега се тужбом може покренути управни спор пред Управним судом (представља вид судске заштите у материји прописа о заштити конкуренције). Закључак представља процесни акт који доноси Комисија. Закључак се доноси ради управљања поступком, извођења доказа, као и у вези са привременим мерама.⁵⁸

56 *Study of pools and ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, Ernst & Young, 294.

57 ЗЗК, чл 35.

58 Б. Беговић, В. Павић (2012), 136.

Посматрано из теоријског угла, управна ствар која се тиче заштите конкуренције је сложена и дељива. Упрошћено говорећи, њен први део састоји се у утврђивању противправности једног споразума (утврђивање повреде конкуренције) и одређивање корективне мере (мере отклањања повреде конкуренције – мере понашања⁵⁹). Други део управне ствари представља изрицање мера заштите конкуренције (процесног пенала – „прикривена“ новчана казна), али само под условом да је дошло до повреде конкуренције.⁶⁰

Приликом одређивања висине новчаног износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције у обзир се узимају намера, тежина, последице, као и трајање утврђене повреде конкуренције. Наплата новчаног износа одређене управне мере врши се у корист буџета РС. Уколико странка не плати новчани износ одређене мере у остављеном року из решења, принудну наплату ће спровести Пореска управа по правилима принудне наплате пореза.⁶¹

Република Србија је на билатералном скринингу који је одржан поводом Поглавља 8 у новембру 2014. године, преузела обавезу доношења Уредбе о групном изузећу у сектору осигурања до средине 2016. године. Треба очекивати да ће Комисија у скорије време предложити доношење Уредбе о групном изузећу у области осигурања.⁶²

VI Закључак

Неспорно је да је „индустрија осигурања“ специфична у односу на друге привредне делатности, због тога што је уговор о осигурању заснован на неизвесности. Како би друштва за осигурање могла да предвиде будуће трошкове, односно потраживања у виду одштетних захтева и да у складу са тим одреде премију, морају да се ослоне на статистичке прорачуне о могућности наступања осигураног случаја, као и да што прецизније утврде обим и величину штете која може да настане. Такође је извесно да осигурање поседује огроман привредни потенцијал. Све ово упућује на закључак да је сарадња у сектору осигурања пожељна

59 33К у члану 59 између осталог наводи „Решењем којим се утврђује повреда конкуренције, Комисија може да одреди мере које имају за циљ отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања (мере понашања)“

60 Зоран Томић, „Заштита конкуренције и (не)ретроактивности закона“, *Правни информатор*, бр. 10/2012, 22.

61 33К, чл. 57.

62 Доступно на адреси: <http://euinfo.rs/publikacije/srbija-i-eu/>.

не само са становишта друштава за осигурање, већ и друштва уопште. Међутим, сарадњом учесника на тржишту, конкуренти престају да се надмећу између себе. Тиме се ствара потреба за поштовањем правила којима је дефинисана заштита конкуренције, а надлежном телу обавеза да реагује уколико идентификује неки вид повреде конкуренције у сектору осигурања. Надлежном телу се додатно компликује задатак уколико поставимо питање примене правила о заштити конкуренције на случај саосигурања. Осигуравачи су управо упућени једни на друге будући да самостално не би могли да узму у покриће велике ризике.

Српско законодавство у овој области је усклађено са европским прописима. Међутим, ваља опет скренути пажњу да се норме европског права не смеју преузимати „механички“. Неопходно је да, како сам законодавац, тако и Комисија за заштиту конкуренције, одговорно обављају своје послове. Комисији су поверена моћна овлашћења која она мора да користи обазриво и независно. Својим погрешним поступањем може да проузрокује оптерећење, те да спречава развој тржишта саосигурања које је код нас и онако слабо развијено. Са друге стране, она не сме да дозволи акте којима се врши повреда конкуренције.

Чини се да би најцелисходније решење било доношење посебне уредбе која би се односила на делатност осигурања, с тим што саосигурање треба да буде у посебном режиму због специфичне природе, као и значаја. Колективно изузеће је оправдано будући да, уколико не би дошло до сарадње осигуравајућих друштава, у виду саосигурања, поједини, велики ризици би у потпуности остали непокривени што нико не иде у корист.

Dorđe VIČIĆ

fourth year student at the Faculty of Law University of Belgrade

PROTECTION OF COMPETITION RULES AND COINSURANCE

Summary

In this article author considers the competition rules' influence of in the field of coinsurance.

In part one, the author deals with norms of protection of competition in the Republic of Serbia's legal system. In part two, he elaborates on the concept of coinsurance with regards to its numerous specific traits and its importance. Next chapter reveals the relationship between insurance and competition rules in the EU law. Finally, last part gives the reader further detail on the Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia.

The article aims to highlight the importance of coinsurance in the national economy. Furthermore, it also stresses out the need for the establishment of a legal framework which will not undermine coinsurance, but will ensure fair conditions in which market participants will be able to compete.

Key words: *competition rules, risk, insurance, coinsurance, EU law, the Commission for Protection of Competition.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико а остала мала.

Пример:

<p>I Појам</p> <p>1. Терминологија</p> <p><i>а) Терминологија у ујоредном љраву</i></p> <p>1) Немачко право</p>

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трјовинско љраво*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коменљар Закона о сљечажном љосљуљуку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушљва, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и њриврега*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и њриврега*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

- в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“),

„редактор“, и сл. и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушѝва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени ѝласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени ѝласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

- а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343